

TESIS DE LA UNIVERSIDAD
DE ZARAGOZA

2013

110

María Anunciación Pérez Pueyo

La morosidad en las operaciones comerciales

Departamento
Derecho de la Empresa

Director/es
Palá Laguna, Reyes

<http://zaguan.unizar.es/collection/Tesis>

ISSN 2254-7606



Prensas de la Universidad
Universidad Zaragoza



Universidad
Zaragoza

Tesis Doctoral

LA MOROSIDAD EN LAS OPERACIONES COMERCIALES

Autor

María Anunciación Pérez Pueyo

Director/es

Palá Laguna, Reyes

UNIVERSIDAD DE ZARAGOZA

Derecho de la Empresa

2013



Universidad
Zaragoza

LA MOROSIDAD EN LAS OPERACIONES COMERCIALES

Tesis que, para la colación del grado de Doctor en Derecho, presenta en la Universidad de Zaragoza la licenciada M^a Anunciación Pérez Pueyo, bajo la dirección de Dra. Reyes Palá Laguna

Zaragoza, noviembre de 2012



**Departamento de
Derecho de la Empresa**
Universidad Zaragoza

LA MOROSIDAD EN LAS OPERACIONES COMERCIALES

Tesis que, para la colación del grado de Doctor en Derecho, presenta en la Universidad de Zaragoza la licenciada M^a Anunciación Pérez Pueyo, bajo la dirección de la Dra. M^a de los Reyes Palá Laguna

Zaragoza, noviembre de 2012

INDICE

CAPÍTULO I

INTRODUCCIÓN Y PLANTEAMIENTO..... 7

CAPÍTULO II.

EL PROCESO DE ELABORACIÓN DE LA DIRECTIVA 2000/35/CE DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO DE 29 DE JUNIO POR LA QUE SE ESTABLECEN MEDIDAS DE LUCHA CONTRA LA MOROSIDAD EN LAS OPERACIONES COMERCIALES Y SU POSTERIOR REFORMA POR LA DIRECTIVA 2011/7/UE, DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO, DE 16 DE FEBRERO, POR LA QUE SE ESTABLECEN MEDIDAS DE LUCHA CONTRA LA MOROSIDAD EN LAS OPERACIONES COMERCIALES

1. Estado de la cuestión 19

2. Antecedentes de la Directiva 41

3. La Directiva 2000/35/CE, del PE y del Consejo, de 29 de junio de 2000, por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales 56

4. La modificación de la Directiva 2000/35/CE

 4.1 Consideraciones previas: la situación de la morosidad en el ámbito europeo tras la entrada en vigor de la Directiva 68

 4. 2. Antecedentes de la reforma de la Directiva 2000/35/CE 69

 4.3 El proceso de reforma de la Directiva..... 71

 4.4 Aspectos fundamentales de la reforma de la Directiva

 4.4.1. Objetivo de la Directiva 84

 4.4.2 Definiciones..... 85

 4.4.3 Exclusiones 86

 4.4.4 Compensación por gastos de cobro 86

 4.4.5 Operaciones comerciales entre empresas y entre empresas y poderes públicos..... 87

 4.4.6 Cláusulas contractuales y prácticas abusivas 89

 4.4.7 Calendarios de pago 90

 4.4.8 Transparencia, sensibilización, seguimiento y evaluación..... 91

 4.4.9 Fecha límite para la transposición 91

Indice

5. La valoración de la Directiva	
5.1 La valoración de la Directiva desde el punto de vista doctrinal	92
5.2 La valoración sustancial de Directiva	99
5.3 Breve valoración final del contenido de la Directiva y su reforma	106

CAPÍTULO III

LA INCORPORACIÓN DE LA DIRECTIVA 2000/35 AL DERECHO DE LOS ESTADOS MIEMBROS. LA INCORPORACIÓN AL DERECHO ESPAÑOL: LA LEY 3/2004, DE 29 DE DICIEMBRE POR LA QUE SE ESTABLECEN MEDIDAS DE LUCHA CONTRA LA MOROSIDAD EN LAS OPERACIONES COMERCIALES Y SU MODIFICACIÓN POR LA LEY 15/2010, DE 5 DE JULIO

1. La transposición de la Directiva 3000/35/CE en los Estados miembros	109
2. Incorporación de la Directiva al Derecho español	
2.1 Introducción y Planteamiento	114
2.2.El retraso en la transposición de la Directiva y el proceso de elaboración de la Ley 3/2004, de 29 de diciembre.....	119
2.3 La competencia exclusiva del Estado para legislar sobre morosidad en operaciones comerciales	127
2.4 La técnica legislativa empleada en la transposición de la Directiva al Derecho español.....	134
2.5 La reforma de la Ley de morosidad: la Ley 15/2010, de 5 de julio	138
2.6 Adecuación de la LMOC a la Directiva. La STJCE de 11 de diciembre de 2008	144

CAPÍTULO IV

ANÁLISIS DEL CONTENIDO DE LA LEY DE MOROSIDAD (I)

1. Introducción	151
2. Conceptos previos al estudio del régimen previsto en la LMOC	
2.1 El incumplimiento contractual	152

Indice

2.2. La mora del deudor	155
2.2.1. Requisitos de la mora del deudor	157
2.2.2 Efectos de la mora del deudor	163
2.2.3 Los cambios introducidos por la LMOC	164
3. Ámbito de aplicación de la LMOC y exclusiones	167
3.1 Ámbito de aplicación objetivo	168
3.1.1. El alcance de la expresión "operación comercial"	168
3.1.2 Contratos incluidos en el ámbito objetivo	170
3.1.3 Significado y alcance de los términos bienes y servicios.....	176
3.2. Ámbito de aplicación subjetivo.....	179
3.2.1. Delimitación del término "empresa"	179
3.2.2 Delimitación del término "Administración"	185
3.3 Exclusiones a su ámbito de aplicación	
3.3.1. Las operaciones celebradas con consumidores.....	191
3.3.2 Los pagos de indemnizaciones de daños	195
3.3.3 Las deudas sometidas a procedimientos concursales incoados contra el deudor	196
3.3.4 Los intereses provenientes de títulos cambiarios	199

CAPÍTULO V

ANÁLISIS DEL CONTENIDO DE LA LEY DE MOROSIDAD (II)

1. Las medidas sustantivas lucha contra la morosidad	
1.1 Introducción	207
1.2. Las cláusulas abusivas.....	210
1.2.1. Razones del establecimiento del control de abusividad en la LMOC	211
1.2.2 Cláusulas que pueden considerarse abusivas y consecuencias de esta calificación: nulidad y anulabilidad	
a) Cláusulas sobre la fecha de pago	216
b) Cláusulas sobre los tipos de interés	219
c) Cláusulas sobre los requisitos para exigir el pago	221
d) Consecuencias: nulidad y anulabilidad.....	222
1.2.3 Criterios para la determinación del carácter abusivo de la cláusula	224
1.2.4 Consecuencias de la declaración de nulidad.....	228
a) Declaración de nulidad ¿de oficio o a instancia de parte?	229

Indice

b) La integración judicial del contrato	230
1.2.5 El control de las cláusulas abusivas mediante el ejercicio de las acciones de cesación y retractación	232
1.3. La determinación del plazo de pago y del plazo de exigibilidad de los intereses de demora	239
1.3.1. Los plazos legales pactados	239
a) La supresión de la libertad de pacto respecto al plazo máximo de pago.....	240
b) Referencia a sectores específicos en los que se imponen <i>ex lege</i> límites máximos de aplazamiento	244
1.3.2 Los plazos legales en defecto de pacto entre las partes.....	252
a) El cómputo del plazo	254
b) La transcendencia de la factura a efectos del cómputo del plazo	258
1.4 El devengo automático de los intereses de demora	261
1.4.1. La supresión de la <i>interpellatio morae</i>	262
1.4.2. Requisitos para que el acreedor pueda exigir el abono de los intereses de demora al deudor	266
1.5 La fijación del tipo de interés de demora	270
1.5.1. Delimitación previa del concepto de intereses de demora	273
a) Delimitación del concepto de interés	273
b) Los intereses de demora	275
c) Los tipos de intereses legales.....	277
d) El anatocismo	278
1.5.2 La determinación del interés de demora	281
1.6 La indemnización por los gastos de cobro de la deuda	285
1.6.1. Requisitos para su exigibilidad.....	286
1.6.2. Cobertura de la indemnización por gastos de cobro ..	287
1.6.3 Los cambios legales en la indemnización por gastos de cobro como consecuencia de la reforma de la Directiva 2000/35.....	291
1.6.4 La cláusula penal.....	293
1.7 La cláusula de reserva de dominio.....	297
1.7.1. Consideraciones generales sobre la reserva de dominio	297
a) Naturaleza jurídica de la reserva de dominio	298
b) Reconocimiento legal de la reserva de dominio	299

Indice

c) Efectos de la reserva de dominio	300
1.7.2 La reserva de dominio en la ley de morosidad	
a) La regulación de la reserva de dominio en la Directiva 2000/35/CE	305
b) La regulación de la reserva de dominio en la LMOC ...	310
2. Las medidas accesorias introducidas por la Ley 15/2010, de 5 de julio de modificación de la Ley 3/2004	313
2.1 El deber de transparencia en las buenas prácticas comerciales.....	314
2.2. El deber de promover sistemas alternativos de resolución de conflictos: mediación y arbitraje.....	320
2.3 El deber de información de las sociedades acerca de los plazos de pago de sus deudas	325
2.4 El seguimiento de la evolución de la morosidad y de los resultados de la Ley.....	328

CAPÍTULO VI

ANÁLISIS DEL CONTENIDO DE LA LEY DE MOROSIDAD (III)

LA MOROSIDAD DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS

1. Introducción	333
2. Las modificaciones de la legislación administrativa por la Ley 3/2004 y la Ley 15/2010.....	334
2.1 La modificación de la Ley de contratos de las Administraciones públicas.....	334
2.2. La modificación de la Ley de contratos del sector público	339
3. Las medidas adoptadas por la Ley 15/2010 para combatir la morosidad en el sector público.....	343
3.1 Los plazos de pago de las Administraciones públicas	344
3.2. El establecimiento de un nuevo procedimiento para hacer efectivas las deudas	347
3.3 La línea de crédito "ICO-morosidad Entes locales"	355
3.4 Los deberes de información de las Administraciones públicas	360
3.5 El Registro de todas las facturas de la Administración local	369
4. Fracaso de las medidas para combatir la morosidad del sector público por parte de la Ley 15/2010: el Real Decreto-Ley 4/2012, de 24 de febrero.....	373
4.1 Origen y finalidad del Real Decreto-Ley 4/2012 y referencia a su ámbito de aplicación	373

Indice

4.2. Medidas para realizar los pagos a los proveedores 377

 4.2.1. La determinación de las deudas pendientes de
 pago..... 378

 4.2.2 El establecimiento de un sistema de financiación
 para el pago de las deudas de las Administraciones
 públicas 379

 4.2.3 La elaboración de planes de ajuste por parte de las
 entidades locales deudoras 380

 4.2.4 Las operaciones de endeudamiento..... 383

4.3 Consideraciones críticas..... 386

CONCLUSIONES 391

BIBLIOGRAFÍA..... 399

INTRODUCCIÓN Y PLANTEAMIENTO

En la contratación entre empresarios, el pago al contado no constituye la regla general. El supuesto de hecho más frecuente es el acuerdo entre las partes en virtud del cual se difiere o aplaza el pago de los bienes o servicios adquiridos o contratados, de manera que el comprador quede a salvo de los posibles vicios ocultos de la cosa vendida y pueda protegerse frente a la inadecuación de las mercancías a las condiciones pactadas. Ello le permite, además, obtener crédito comercial con el que financiar su actividad¹. El pago aplazado constituye, por tanto, un fenómeno habitual del tráfico mercantil, (*id quod plerumque accidit*), admisible al amparo del principio general de libertad de pactos.

Vinculado al mismo, surge el problema de la morosidad. Si bien la morosidad en las operaciones comerciales no es un fenómeno nuevo (ya en la Exposición de motivos del Código de Comercio se hace referencia a la mora del deudor y se regula de acuerdo con la máxima *dies interpellat pro homine*), es sobre todo en los últimos tiempos, cuando más han preocupado sus efectos negativos. A esta preocupación no ha sido ajena la crisis económica en la que nos vemos inmersos.

Y es que en el tráfico mercantil actual, es cada vez más frecuente que este aplazamiento del pago se prolongue de manera excesiva, lo que unido a la generalización de las situaciones de morosidad, ha llevado a la existencia de lo que se ha dado en llamar una “cultura de morosidad”: tanto en el sector privado como en el público –quizá en este último de manera más acuciante en los últimos tiempos–; no es excepcional que las empresas y las Administraciones públicas se

¹ FERNÁNDEZ DEL POZO, L., “Aplazamientos de pago a los proveedores y publicidad registral del comerciante en la Ley de Ordenación del Comercio Minorista”, *RCDI*, 635, 1996, p. 1481

encuentren en un estado de morosidad permanente. El porcentaje de empresas que pagan sus facturas con retraso ha hecho que el pago moroso se haya convertido en regla en lugar de excepción².

A ello se suma el hecho de que en muchas ocasiones, ciertas empresas –y no sólo las grandes distribuidoras– utilizan los aplazamientos de pago excesivos para desarrollar una actividad que podríamos calificar de “parafinanciera”³ al captar recursos líquidos de sus proveedores que invierten para obtener una rentabilidad financiera adicional al beneficio de su actividad comercial. Todo ello repercute negativamente en el tejido empresarial al dar lugar a problemas de financiación adicional del activo circulante, que, a la vista de la escasez y carestía del crédito bancario para las PYMES, lleva a una cadena de demoras excesivas, implica la reducción de la confianza en el crédito mercantil y provoca el aumento de la inflación y de los impagos.

Y es que la morosidad constituye un incumplimiento de contrato que ha terminado por ser económicamente provechoso a los deudores por los bajos intereses aplicados al crédito moroso y la lentitud en los procedimientos de reclamación. Los plazos de pago prolongados y, sobre todo, el incumplimiento del contrato constituyen un problema a escala europea, especialmente para las pequeñas y medianas empresas, lo que ha llevado en ocasiones a su insolvencia definitiva.

² A título de ejemplo, y según se desprende del Informe de morosidad elaborado por la Plataforma multisectorial contra la morosidad (publicado en enero de 2012) el plazo medio de cobro de las empresas en 2011 fue de 98 días

³ Ha llegado a afirmarse que el verdadero negocio de las grandes superficies no estriba en comprar y vender sino en vender al contado y comprar y pagar a largos plazos, lo que les permite disponer de unos fondos que pueden destinar a inversiones de carácter financiero (BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A., “Notas sobre los aspectos jurídico-mercantiles de la Ley de Ordenación del Comercio Minorista”, en AA.VV, *Estudios de Derecho mercantil en homenaje al profesor Justino Duque*, Universidad de Valladolid-Caja Duero, 1998, vol. II, p. 942; FERNÁNDEZ DEL POZO, L., “Comentario de los artículos 16 y 17 LOCM”, en AA.VV, (coord. Alonso Espinosa/López Pellicer/Massaguer Fuentes/Reverte Navarro), *Régimen jurídico general del comercio minorista: comentarios a la Ley 7/1996, de 15 de enero, de Ordenación del Comercio Minorista, y a la Ley Orgánica 2/1996, de 15 de enero, complementaria de la Ordenación del Comercio Minorista*, MacGraw Hill, Madrid, 1999, p. 264

A la vista de la situación, en los años 90 del siglo pasado, se constató la existencia en la Unión Europea de grandes divergencias en los plazos de pago entre los distintos Estados miembros. Estos plazos eran mucho mayores en los países del sur, con una media de 78 días, mientras que en los del norte el plazo de pago era de aproximadamente 32 días. Unos plazos de pago más reducidos en el norte de Europa que eran el resultado de la confluencia de tres factores: en primer lugar, la existencia de fuertes penalizaciones en caso de retraso, ya que mientras en los países escandinavos los intereses de demora quedaban fijados entre un 18 y un 24%, en los países del sur oscilaban entre un 5 y un 10%. En segundo lugar, respecto a los medios de pago de la deuda, en los países del norte predominaban las transferencias bancarias, mecanismos de mayor rapidez que el recurso a los documentos cambiarios más frecuentes en el sur de Europa. Y por último, no podemos olvidar el factor cultural, es decir, los diferentes hábitos de pago.

Las instituciones comunitarias consideraron que estas divergencias en los plazos de pago entre los Estados miembros tenían repercusiones negativas en el desarrollo del mercado interior, ya que limitaban las operaciones comerciales entre Estados puesto que los empresarios se veían obligados a asumir en las operaciones transfronterizas mayores riesgos derivados de la morosidad (especialmente si se realizaban con países del sur de la UE) de los que asumían en las operaciones comerciales nacionales. Se constató también que en la mayoría de los Estados miembros se estaba produciendo un deterioro de las prácticas de pago que no se debía sólo a factores coyunturales (la situación económica), sino que también reflejaba una evolución estructural de las relaciones entre empresas y se temía que la intensificación de los intercambios y de la competencia en el mercado interior podía provocar una prolongación generalizada de los plazos de pago en la Comunidad.

Para dar una solución a todos estos problemas las instituciones comunitarias pusieron en marcha un proceso que primero se canalizó a través de la aprobación por la Comisión Europea de una Recomendación en 1995⁴ y que, ante el escaso seguimiento del contenido de la norma en la mayoría de los Estados miembros, dio paso a la aprobación de la Directiva 2000/35/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de junio de 2000, por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales⁵. El principal objetivo de esta norma fue el establecer un plazo de pago que habría de regir para las relaciones comerciales en defecto de pacto entre las partes, plazo de pago del importe total adeudado que queda fijado en 30 días naturales tras la recepción de la factura o de las mercancías. El incumplimiento de este plazo de pago da lugar al devengo automático de intereses de demora para el acreedor. La Directiva se aplica a todos los pagos efectuados como contraprestación en operaciones comerciales, incluyendo también a las Administraciones Públicas que, al menos en España, son quienes presentan una mayor demora en los pagos a proveedores, al menos desde un planteamiento general.

El legislador español incorpora con un retraso superior a dos años el contenido de la Directiva de morosidad a nuestro Derecho por medio de la Ley 3/2004, de 29 de diciembre, por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en operaciones comerciales⁶. Este retraso en la transposición de la Directiva supuso para España la apertura de un procedimiento de incumplimiento, interpuesto por la Comisión europea el 12 de septiembre de 2003 ante el Tribunal de

⁴ Recomendación de la Comisión, de 12 de mayo de 1995 relativa a los plazos de pago en las transacciones comerciales. En ella se invitaba a los Estados miembros a adoptar medidas que trataran de asegurar el respeto a los plazos de pago

⁵ Modificada por la Directiva 2011/7/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de febrero de 2011 por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales, cuyo plazo de transposición finaliza el 16 de marzo de 2013

⁶ La Directiva señalaba como plazo límite de transposición al Derecho interno el 8 de agosto de 2002

Justicia de las Comunidades Europeas, que fue archivado mediante auto de 28 de abril de 2005.

Como consecuencia de la demora en la transposición de la norma comunitaria, el tráfico mercantil de nuestro país se vio privado, durante más de dos años, de instrumentos imprescindibles para fomentar el cumplimiento de las obligaciones de pago. No obstante hay que indicar que en el ámbito del comercio minorista se adelantó la transposición de la Directiva mediante la reforma de la Ley 7/1996, de 15 de enero, de Ordenación del Comercio Minorista, llevada a cabo por la Ley 47/2002, de 19 de diciembre que incluía la adaptación de la misma al contenido de la Directiva 2000/35. Por otra parte, las Administraciones Públicas estaban también sometidas a las normas de esta Directiva en caso de retraso o incumplimiento en sus pagos derivados de obligaciones contractuales, por aplicación de la doctrina del efecto directo vertical de las Directivas comunitarias.

La Ley 3/2004 establece una serie de medidas sustantivas para luchar contra la morosidad que consisten en la fijación, con carácter general, del plazo de 30 días (en defecto de pacto entre las partes) para la exigibilidad de intereses de demora, determinando su devengo automático. También con carácter subsidiario, esto es, en caso de silencio del contrato, el tipo de interés de demora es el resultante de la suma del tipo de interés aplicado por el Banco Central Europeo a su más reciente operación principal de financiación efectuada antes del primer día del semestre natural de que se trate, más siete puntos porcentuales, interés de demora de carácter mínimo que no puede ser disminuido por la autonomía privada

La Ley reconoce al acreedor el derecho a reclamar al deudor una indemnización razonable por los costes de cobro debidamente acreditados que haya sufrido a causa de la mora. Además, y como una medida garantista del pago adeudado, se prevé la posibilidad de establecer en el contrato cláusulas de reserva de dominio a fin de que

el vendedor conserve la propiedad de los bienes hasta el pago total de la deuda por parte del comprador. Y ha de valorarse positivamente la extensión que del control sobre cláusulas abusivas se realiza al ámbito del pago a proveedores, ya que con anterioridad a la aprobación de la LMOC quedaba reservado al Derecho del consumo⁷.

A la vista de los escasos resultados de la LMOC en la lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales, transcurridos seis años desde su entrada en vigor, la Ley 15/2010, de 5 de julio⁸ modifica la Ley de 2004 y suprime la libertad de pacto en materia de aplazamientos de pago, estableciéndose un plazo máximo de 60 días que queda reducido a 30 para las Administraciones públicas. La Ley 15/2010 modifica asimismo el régimen de los gastos de cobro y establece una serie de medidas para incrementar la transparencia en las prácticas comerciales (a través del impulso a la elaboración de códigos de buenas prácticas), y el recurso a los sistemas alternativos de resolución de conflictos como la mediación y el arbitraje.

En relación con la morosidad de las Administraciones públicas la ley modificó algunos preceptos de la Ley de Contratos del Sector público, e introdujo un procedimiento más ágil para el cobro de deudas. Crea asimismo el Registro de facturas de los entes locales e impone a todas las Administraciones (local, autonómica y general del Estado) la obligación de elaborar informes trimestrales sobre el cumplimiento de los plazos de pago. Ha sido precisamente la gravísima situación a la que han dado lugar los excesivos alargamientos en los pagos por parte de las Administraciones públicas y el intento de solucionar los problemas que ello ocasionaba, sobre

⁷ La Disposición Final 2ª de la Ley 3/2004 da una nueva redacción al artículo 17 de la Ley 7/1996, de 15 de enero, de Ordenación del Comercio Minorista en el sentido indicado. Por otra parte, se modifican (en la Disposición Final 1ª) varios preceptos del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, para adaptar su contenido al nuevo régimen sobre morosidad también por imperativo de la norma comunitaria.

⁸ Como se declara en su preámbulo, el paso del tiempo y los cambios que se produjeron en el entorno económico junto con los efectos de la crisis económica que se han traducido en un aumento de impagos, retrasos y prórrogas en la liquidación de facturas vencidas llevaron al legislador español a abordar la reforma de la normativa sobre morosidad.

todo a las PYMES, lo que ha llevado a que, en paralelo a la ley de morosidad, se aprobara el Real Decreto-ley 4/2012, de 24 de febrero por el que se determinan obligaciones de información y procedimientos necesarios para establecer un mecanismo de financiación para el pago a los proveedores de las entidades locales. Con esta norma, cuyos efectos se han limitado en el tiempo al año 2012, el Gobierno pretende suministrar liquidez a las empresas y apoyar financieramente a las entidades locales morosas para que puedan realizar el pago de sus deudas.

La 3/2004, de 29 de diciembre por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales y su modificación por la Ley 15/2010, de 5 de julio han supuesto importantes cambios respecto a la regulación general de la mora en el Derecho español, regulación establecida en el Código Civil (artículos 1100, 1101 1108) y en el Código de Comercio (artículos 63 y 341 para la compraventa mercantil). Esta normativa ha de convivir con la LMOC ya que la esta Ley tiene delimitado un ámbito de aplicación (operaciones comerciales entre empresas y entre éstas y la Administración) fuera del cual se seguirá aplicando respecto a la mora el Código Civil y el de Comercio. En todo caso, las secciones de Derecho civil y de Derecho mercantil de la Comisión General de Codificación están trabajando en la modernización del Derecho de obligaciones y contratos, y esta modernización ha cristalizado en el establecimiento de criterios armonizados con la normativa sobre morosidad en operaciones comerciales. Así, en enero de 2009, se publicó en el Boletín de Información del Ministerio de Justicia la Propuesta de modernización del Código Civil en materia de obligaciones y contratos que introduce una mayor simplicidad en la regulación de la mora y va en la línea seguida por las Directivas comunitarias, los principios de UNIDROIT y los principios de Derecho europeo de contratos en la regulación del incumplimiento de los

plazos de pago. En el año 2006, la sección de Derecho mercantil presentó una Propuesta de Anteproyecto de ley de modificación del Código de Comercio en la parte general sobre contratos mercantiles y sobre prescripción y caducidad cuyos artículos 67 y ss. regulan la mora en términos similares a los establecidos en la LOCM. Recientemente, el Ministro de Justicia, anunció que este otoño presentaría el anteproyecto de ley de modificación del Código de Comercio.

El objetivo principal de la presente tesis consiste en el estudio de la morosidad comercial desde el Derecho positivo español, con el fin de comprobar si las medidas legislativas que se han tomado son las adecuadas para atacar las causas de la frecuente morosidad en las relaciones empresariales y entre las empresas y las Administraciones públicas, además del estudio de otros problemas, no previstos por la norma o no tratados satisfactoriamente en ella. Requisito previo en nuestro análisis es el estudio de la Directiva sobre morosidad, ya que ha sido su transposición al Derecho español la que ha dado lugar a la aprobación de la Ley 3/2004. Esta última será el objetivo central de nuestro trabajo y a la que dedicaremos la mayor parte del mismo, ya desde su complejo proceso de elaboración y su ámbito de aplicación, previo a lo cual nos referiremos a la teoría general de las obligaciones y contratos en lo que respecta a los conceptos de incumplimiento y de mora. Nos detendremos especialmente en las medidas sustantivas que se introdujeron para combatir la morosidad, medidas que afectan a las operaciones realizadas entre empresas o entre empresas y poderes públicos que den lugar a la entrega de bienes o a la prestación de servicios a cambio de una contraprestación. De lo expuesto se deduce que en el tema que tratamos, siendo materia mercantil, confluyen en su estudio no sólo el Derecho civil, sino también el Derecho administrativo, ya que las medidas adoptadas para luchar contra la morosidad son aplicables a los entes públicos.

Por ello hemos dedicado el último capítulo de la tesis a cuestiones relativas a la morosidad del sector público y a las medidas adoptadas en España para intentar combatirla, en el bien entendido de que ello excede del contenido de la presente tesis que se circunscribe al tratamiento de la morosidad en el Derecho privado.

Para desarrollar el objetivo descrito, hemos dividido nuestro estudio en 5 capítulos. Al proceso de elaboración de la Directiva 2000/35/CE y de su reforma por medio de la Directiva 2011/7/UE se dedica el capítulo II, en el cual, tras referir el estado de la cuestión y los antecedentes de esta norma, se describe su proceso de elaboración y las principales medidas que para combatir la morosidad contiene la Directiva europea. En este capítulo hemos querido también dejar constancia de las valoraciones doctrinales, algunas de ellas muy críticas e incluso reacias al establecimiento de una normativa de lucha contra la morosidad en la UE.

El legislador español, ante las dos opciones frente a las que se encontraba a la hora de realizar la transposición de la Directiva 2000/35/CE (la incorporación al Derecho preexistente o la elaboración de una ley especial) optó por esta segunda vía, por medio de la citada Ley 3/2004, de 29 de diciembre, por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales. Ésta es la cuestión que se aborda en el capítulo III, en el cual se describe el largo proceso de elaboración de la norma así como su modificación por medio de la Ley 15/2010, de 5 de julio. La adecuación de ambas disposiciones a la Directiva de cuya transposición se ocupan presenta algunos desajustes que es necesario aclarar.

La extensión e importancia del análisis del contenido de la Ley de morosidad, objetivo principal de esta tesis, hace que le hayamos

dedicado los tres capítulos restantes. Al estudio de la mora como un supuesto de incumplimiento contractual se refiere la primera parte del capítulo IV, en el que se delimita asimismo el ámbito de aplicación objetivo (operaciones comerciales que den lugar a la entrega de bienes o a la prestación de servicios) y subjetivo (realizadas entre empresas o entre empresas y la Administración) de la Ley y las exclusiones a su aplicación.

El análisis de las medidas sustantivas de lucha contra la morosidad contenidas en la Ley española se lleva a cabo en el capítulo V. Estas medidas son, como ya se ha indicado, la determinación del plazo de pago y el plazo de exigibilidad de los intereses de demora, el devengo automático de éstos, la fijación del tipo de interés de demora y la indemnización por los gastos de cobro de la deuda. La Ley se refiere también al pacto de reserva de domino, que es objeto del correspondiente análisis. La libertad de pacto entre las partes contratantes respecto al interés de demora o al plazo de pago encuentra una importante limitación en el control de abusividad que la Ley 3/2004 ha introducido.

La morosidad de las Administraciones públicas, con sus graves consecuencias contra las cuales pretende luchar la normativa son objeto del VI y último capítulo en el que se realiza un breve análisis de las principales modificaciones que la legislación de morosidad ha introducido en la normativa administrativa así como de las medidas tomadas recientemente por el Gobierno español a través del citado plan de pago a proveedores que se ha ejecutado en el año 2012, en paralelo a la ley de morosidad.

Finaliza este estudio con las conclusiones de nuestra investigación y con la referencia a la bibliografía consultada. Si bien aún es prematura la realización de una valoración concluyente de las

medidas legales adoptadas en España contra la morosidad en las operaciones comerciales, dada la gravedad de la crisis económica en la que nos vemos inmersos, la reciente puesta en funcionamiento del plan de pago a proveedores por parte de las Administraciones Públicas ha supuesto una considerable reducción de las deudas de la Administración por este concepto. El problema sigue estando en la morosidad empresarial y en la ausencia de crédito a las empresas para poder afrontar sus pagos de forma tempestiva. Sólo el tiempo dirá si la reforma de la Ley de morosidad operada en 2010, que supone una injerencia por parte del Estado en la libertad contractual que debe presidir las operaciones comerciales entre empresarios, ha justificado esta merma de la autonomía de la voluntad en el ejercicio de la actividad empresarial. Aunque bien es cierto que, a la vista de la grave situación de nuestro tejido empresarial, cualquier medida que suponga un cambio en la cultura de la morosidad ha de ser valorada positivamente. Creemos por ello que el control de abusividad de las cláusulas contractuales de morosidad en el pago es una medida que avanza en la dirección correcta.

CAPÍTULO II

EL PROCESO DE ELABORACIÓN DE LA DIRECTIVA 2000/35/CE DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO DE 29 DE JUNIO, POR LA QUE SE ESTABLECEN MEDIDAS DE LUCHA CONTRA LA MOROSIDAD EN OPERACIONES COMERCIALES Y SU POSTERIOR REFORMA POR LA DIRECTIVA 2011/7/UE DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO, DE 16 DE FEBRERO DE 2011 POR LA QUE SE ESTABLECEN MEDIDAS DE LUCHA CONTRA LA MOROSIDAD EN LAS OPERACIONES COMERCIALES (REFUNDICIÓN)

1. Estado de la cuestión

Si bien el aplazamiento en el pago de la mercancías es práctica habitual en la compraventa entre empresarios y puede considerarse un fenómeno propio del tráfico mercantil tradicional¹, las perjudiciales consecuencias que para la financiación de las empresas provocaba el desmedido alargamiento de los plazos de pago en las operaciones comerciales hicieron reaccionar a las autoridades comunitarias² y comenzaron a tomarse una serie de medidas para luchar contra la morosidad a partir del año 1991³.

Desde ese momento, varios estudios de la Comisión Europea revelaron que cada año en Europa los retrasos en el pago generaban

¹ Así lo puso de manifiesto el *Informe sobre morosidad en las operaciones comerciales* elaborado por el Observatorio PYME en marzo de 2010, p. 3, que indica que no obstante en los últimos años se está produciendo un alargamiento excesivo y progresivo de los plazos de pago que se suele acompañar del retraso en el cumplimiento de la obligación de pago y que está generando una cultura de la morosidad que afecta tanto al sector público como al privado, <http://www.ipyme.org/Publicaciones/InformeMorosidadOperacionesComerciales.pdf>

² GARCÍA MANDALONIZ, M., "La lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales: adaptación del Ordenamiento Jurídico español a la Directiva 2000/35/CE", *Noticias de la Unión Europea*, año 2004, nº 228, p. 11

³ V. SORIANO GARCÍA, J.E., quien se refiere a esta cuestión como "la perniciosa morosidad", en *Lucha contra la morosidad y contratación administrativa, (Grupos de presión, captura del regulador y Administración Pública ante las relaciones comerciales)*, Iustel, Madrid, 2006, p. 86

unos 90.000 millones de euros de deudas vencidas y exigibles pendientes de cobro, pérdidas por créditos incobrables que alcanzaban los 23.600 millones de euros y unos costes financieros a las empresas de más de 10.000 millones de euros. El retraso en los pagos a las empresas era el motivo del 25 por ciento de las crisis empresariales al causar miles de quiebras y la morosidad provocaba la pérdida de unos 450.000 puestos de trabajo cada año en Europa⁴. La Comisión también comprobó que un 33% de las empresas europeas veían en los retrasos en los pagos un serio problema que podía poner en peligro la supervivencia de sus negocios. La Comisión llegó a la conclusión de que las empresas más afectadas por la morosidad son las PYMES, ya que son las que más sufren los efectos de los retrasos en el pago en beneficio de las grandes empresas.

Teniendo en cuenta todas estas circunstancias, los servicios de la Comisión Europea redactaron en noviembre de 1992 un Documento de trabajo sobre los plazos de pago en las transacciones comerciales⁵ en el cual enunciaban las dificultades que ocasionaban los plazos de pagos en las empresas, en especial pequeñas y medianas, de la Unión Europea⁶. Este documento recoge las observaciones realizadas por el Parlamento Europeo, el Comité Económico y Social y más de 150 organizaciones profesionales. Del estudio del marco jurídico

⁴ A estos estudios se refieren BRACHFIELD, P., *La lucha contra la morosidad. Las leyes europeas y españolas contra la morosidad descifradas y su aplicación práctica*, Gestión 2000, D.L., 2006, p. 126, BLANCO OLAYA, F., "Las demoras en los pagos en la Unión Europea", *Noticias de la Unión Europea*, nº 126, 1995, pp. 87-92 y CUARTERO RUBIO, M.V., "La lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales", *La Ley*, nº 6581, 31 de octubre de 2006, pp. 1 a 15

⁵ Documento de trabajo de los servicios de la Comisión sobre los plazos de pago en las transacciones comerciales. Comisión Europea. SEC (92) 2214 final, de 18 de noviembre de 1992, *On the problem of the time taken to make payments in commercial transactions*. En este documento la Comisión acertadamente afirma que: "en los plazos de pago es misión del Derecho defender los intereses de la parte más débil y garantizar a ésta un último recurso en caso de litigio". Un breve estudio de este documento puede verse en BLANCO OLAYA, F., "Las demoras en los pagos..." cit. pp. 87-92

⁶ En el ámbito europeo se consideran medianas empresas aquellas que tienen menos de 250 trabajadores y un volumen de negocio menor o igual a 50 millones de euros y pequeñas empresas aquellas con menos de 50 trabajadores y con un volumen de negocios menor o igual a 10 millones de euros, conforme a lo que establece la Recomendación 2003/361/CE de 6 de mayo de 2003, sobre la definición de microempresas, pequeñas y medianas empresas, que a partir del 1 de enero de 2005 sustituyó a la Recomendación 96/280/CE

comunitario en esta materia se concluyó que la yuxtaposición o heterogeneidad jurídica existente entre las distintas legislaciones nacionales producía muchos inconvenientes y no satisfacía las necesidades de los empresarios que actuaban en el mercado interior.

Con fundamento en este Documento de trabajo, el Comité Económico y Social, el 30 de junio de 1993 emitió un Dictamen⁷ en el que adoptó una postura muy clara sobre las actuaciones que se deberían llevar a cabo para controlar la morosidad en la Unión Europea. El CESE consideraba que la Comisión debía continuar sus trabajos para llegar a un conocimiento profundo de la legislación y de las prácticas vigentes en los diferentes Estados miembros. Sobre esta base, debía formular recomendaciones, respetando la libertad contractual, relativas a la transparencia en las condiciones de pago, su cumplimiento, el rigor de los plazos convenidos sin necesidad de requerimiento, la aplicación inmediata (desde el vencimiento) de los intereses de demora, la libertad de determinar éstos a un nivel equivalente al de los intereses comerciales, la validez de las cláusulas penales, el recurso al arbitraje y la instauración de procedimientos sumarios de conminación al pago. Además la Comisión debiera examinar las dificultades existentes para obtener la ejecución, dentro de un Estado miembro, de una resolución ejecutiva notificada por un organismo jurisdiccional de otro Estado miembro. Por último, y por lo que respecta a la contratación pública, la Comisión debía preparar una propuesta de Directiva, enmarcada en las directivas anteriores relativas a este tema, destinadas a aproximar las legislaciones de los Estados miembros en lo relativo a los plazos de pago y los intereses de demora. No hay que olvidar que el CESE es un órgano consultivo

⁷ Dictamen del Comité Económico y Social sobre el Documento de trabajo de los servicios de la Comisión sobre los plazos de pago en las transacciones comerciales aprobado por unanimidad en el pleno 307 el 30 de junio de 1993. Puede consultarse en <http://www.eesc.europa.eu/?i=portal.en.opinions-search>

compuesto⁸ por representantes de las organizaciones de empresarios, de trabajadores y de otros sectores representativos de la sociedad civil, en particular en los ámbitos socioeconómico, profesional y cultural de los países miembros y por tanto sirve de puente entre las instituciones de la UE y la sociedad civil. Su labor de asesoramiento la lleva a cabo a través de los dictámenes tanto sobre propuestas legislativas como sobre aquellos temas que considera que deben abordarse. Por ello, aunque se trata de un órgano no decisorio, sus reflexiones nos parecen muy útiles para determinar el estado de la cuestión.

Sobre la base de los citados trabajos, y como es práctica habitual en los procesos normativos comunitarios, se celebró una audiencia pública en Bruselas los días 7 y 8 de julio de 1993⁹ donde se puso de manifiesto el gran apoyo que las iniciativas europeas tenían en esta materia ya que las dificultades de pago son percibidas como un obstáculo al desarrollo de las empresas, particularmente de las PYME, así como al buen funcionamiento del mercado interior. En ese mismo año, en el Libro Blanco sobre Crecimiento, competitividad y empleo, aprobado en diciembre de 1993¹⁰, la Comisión, para hacer creíble a corto plazo el potencial que el mercado interior ofrece a las PYME, consideraba necesaria una acción concertada con los Estados miembros y las PYME con el objeto de analizar las legislaciones que restringen la creación y desarrollo de las empresas; consideraba también necesario fomentar el intercambio de experiencias para mejorar los procedimientos de armonización de las legislaciones y

⁸ Conforme al artículo 300.2 TFUE

⁹ De la que da noticia GARCÍA MANDALÓNIZ, M., "Morosidad y aplazamientos de pago abusivos: lucha legislativa frustrada, reforma legislativa y propuestas de lucha efectiva", en FONT GALÁN, J.I, MIRANDA SERRANO, L.M., *Morosidad, aplazamientos de pago y empresa familiar*, Sevilla, Academia Sevillana del Notariado, 2010, p. 99

¹⁰ Libro Blanco sobre *Crecimiento, competitividad y empleo. Retos y pistas para entrar en el siglo XXI*. COM (93), 700, diciembre de 1993. A invitación del Consejo Europeo de Copenhague, la Comisión elaboró un *Libro Blanco* sobre diversas estrategias para el crecimiento, competitividad y empleo en Europa, teniendo en cuenta las debilidades de las economías de los distintos países miembros. El documento se estructura en torno a dos temas principales: Redes de información y Redes de transporte y energía transeuropeas.

elaborar medidas en ámbitos prioritarios, por ejemplo en materia de plazos de pago¹¹.

A partir de todas estas observaciones y sugerencias la intención de la Comisión, plasmada en la Comunicación Programa integrado a favor de las PYME y del artesanado, publicado el 3 de junio de 1994¹², fue la de dirigir una Recomendación a los Estados miembros para que adoptaran las medidas más adecuadas respecto al derecho a percibir intereses de demora, al establecimiento de procedimientos de recurso en caso de deudas no impugnadas judicialmente y al fortalecimiento de la disciplina en materia de pagos por parte de la Administración pública. En caso de que la Recomendación no produjera ningún efecto, la Comisión se reservaba la posibilidad de hacer propuestas de carácter más acuciante¹³. El fin perseguido, en todo caso era el mismo: tratar de solucionar las dificultades que el aplazamiento y las demoras¹⁴ en los pagos ocasionaban a muchas empresas europeas, especialmente a las de pequeño y mediano tamaño.

En 1994, el Parlamento Europeo, en su Resolución sobre el Programa integrado a favor de las PYME y del artesanado¹⁵, instó a la Comisión a presentar propuestas con objeto de tratar de solucionar el problema de la morosidad. En cumplimiento de este requerimiento,

¹¹ Libro Blanco sobre crecimiento, competitividad y empleo... cit., p. 98

¹² Comunicación de la Comisión. Programa Integrado a favor de las PYMES y del artesanado [COM (94) 207 final, 3 junio 1994, pp. 25-27]

¹³ Comunicación de la Comisión. Programa Integrado a favor de las PYMES y del artesanado... cit. p. 26

¹⁴ El aplazamiento consiste en diferir el momento de cumplimiento de la obligación y la demora es la tardanza en el cumplimiento de una obligación desde que es exigible. Por lo tanto, mientras que en el aplazamiento de pago hay un acuerdo entre las partes para diferir el cumplimiento, en la demora hay tardanza en el cumplimiento llegado el momento que se haya pactado o que la ley fije. Sobre aplazamientos de pago v. FERNÁNDEZ DEL POZO, L., "Aplazamientos de pago a los proveedores y publicidad registral del comerciante en la Ley de ordenación del comercio minorista", *RCDI*, año nº 72, nº 635, 1996, pp. 1479 a 1516

¹⁵ DO C 323, 21 de noviembre 1994, p. 19, v. RIVERA FERNÁNDEZ, M., "Directiva 2000/35 del Parlamento europeo y del Consejo, de 29 de junio de 2000, por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales (Diario Oficial núm. L 200 de 8 de agosto de 2000)", *Revista de Derecho Patrimonial*, nº 6, 2001-1, p. 519

la Comisión adoptó la Recomendación 95/198/CE, de 12 de mayo, relativa a los plazos de pago en las transacciones comerciales¹⁶. Nos vamos a detener a lo largo de las páginas que siguen en el estudio de esta norma porque, como tendremos ocasión de comprobar más adelante, aunque la misma no tuvo en el momento de su publicación el impacto deseable en los Estados miembros, constituye el germen de la Directiva y supone un importante punto de inflexión en cuanto a la toma de conciencia de la transcendencia de estos problemas y la adopción por parte de las instituciones comunitarias de medidas prácticas de lucha contra la morosidad.

Los objetivos básicos de esta disposición jurídica, no vinculante conforme al artículo 288 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, son los siguientes, de acuerdo con su artículo 1:

En primer lugar, el incremento de la transparencia en las relaciones contractuales. Para la consecución de este objetivo la Comisión proponía, en el párrafo 1 del artículo 2 de la Recomendación, las siguientes medidas concretas: a) Favorecer la indicación precisa del plazo aplicable así como la fecha de vencimiento del pago de los contratos mercantiles b) A falta de contrato escrito o de indicación clara del plazo de pago de la factura, prever con carácter subsidiario normas sencillas y precisas que determinen el plazo y vencimiento del pago, c) Fomentar la presencia de cláusulas contractuales sobre descuentos o recargos aplicables en caso de pago anticipado o de demora, d) Promover la indicación en los contratos de un período tras la recepción de las mercancías para que el destinatario pueda formular sus eventuales objeciones sobre calidad o cantidad, e) Prever una norma subsidiaria aplicable a falta de una disposición contractual para el caso anteriormente citado, f)

¹⁶ Recomendación 95/198/CE, de 12 de mayo, relativa a los plazos de pago en las transacciones comerciales. DO L 127, 10 de junio 1995, pp. 19-22. Esta Recomendación fue acompañada de una Comunicación (*Comunicación relativa a la Recomendación de la Comisión de 12 de mayo de 1995, relativa a los plazos de pago en las transacciones comerciales*, (95/C 144/03) (DO C 144, 10 de junio 1995) que incluye un breve comentario de cada uno de sus preceptos

En los anuncios de licitación pública establecer indicaciones detalladas sobre los plazos y vencimientos de pago que aplicarán las entidades adjudicadoras.

Un segundo objetivo pretendido por la Recomendación era la mejora de la información y de la formación de las empresas. Para la consecución de este objetivo, la Comisión invitaba a los Estados miembros a adoptar algunas medidas concretas de iniciativa pública o privada: a) El asesoramiento y la asistencia jurídica en materia de redacción de documentos comerciales, b) La información y formación sobre las normas y prácticas más idóneas en materia de pagos para determinadas empresas, sectores, regiones o países, así como sobre los procedimientos internos o externos¹⁷ de cobro de créditos, c) El desarrollo de sistemas efectivos de gestión de tesorería y el fomento del intercambio electrónico de datos entre las PYMES, d) El recurso a las técnicas de movilización de créditos, como el "factoring".

Un tercer objetivo de la Recomendación era atenuar los efectos fiscales de las demoras en los pagos, dadas las características específicas de las PYME y las consecuencias que las demoras en los pagos pueden tener para su tesorería. Para ello invitaba a los Estados miembros a prever que las PYME se beneficien de los plazos más favorables de la Directiva 77/388/CEE del Consejo (Sexta Directiva), en materia de armonización de las legislaciones de los Estados miembros relativas a los impuestos sobre el volumen de negocios. Invitaba a la adopción de un sistema común del IVA: una base imponible uniforme mediante la posibilidad de: a) el aplazamiento, por lo menos para las pequeñas empresas, del pago del IVA hasta el cobro de las facturas¹⁸, b) autorizar a las pequeñas empresas a

¹⁷ Por ejemplo las agencias de cobro de morosos

¹⁸ Se trata de una antigua reivindicación que por ejemplo se lleva haciendo en España por parte de los trabajadores autónomos, como puso de manifiesto el Informe que el 8 de noviembre de 2010 emitió la Federación de Asociaciones de Trabajadores Autónomos (ATA), <http://www.ata.es/imagenes/publicacionesPdf/publicacion21.pdf>, que reclamó la necesidad de desarrollar la Proposición de ley del Grupo Popular aprobada en el Congreso (BOCG. Congreso de los Diputados, serie B, núm. 192-1, de 31/07/2009) que permitiría a los autónomos que pagasen el IVA de las facturas cuando las cobrasen y no cuando las

presentar sus declaraciones de IVA en plazos más largos. Podíamos plantearnos si estas medidas se prevén en la Recomendación para las medianas empresas también o sólo para las pequeñas empresas y las micro empresas, en nuestra opinión, como el apartado a) indica que al menos a las pequeñas se podría extender también a las medianas, pero el apartado b) parece ser que sólo se refiere a las pequeñas empresas y a las micro empresas, ya que utiliza la expresión pequeñas empresas¹⁹.

La Recomendación pretendía también el establecimiento de una indemnización razonable en caso de demora en el pago (art. 3). Con este fin, se invitaba a los Estados miembros a adoptar estas concretas medidas: a) reconocer legalmente el derecho de los acreedores a percibir intereses de demora transcurrido el plazo contractual o legal, b) fijar el tipo de interés legal de demora aplicable en caso de ausencia de disposiciones contractuales específicas, a un nivel suficientemente disuasorio para que los morosos al menos sopesaran el incurrir en la misma c) reconocer además del derecho a percibir intereses de demora, el derecho a otras indemnizaciones por los daños y perjuicios causados al acreedor por el retraso en el pago. Dichas indemnizaciones habrían de cubrir en particular los gastos ocasionados por el cobro de la deuda, ya sean éstos de carácter legal o administrativo²⁰.

emitieran, proposición que tenía por objeto la transposición de la Directiva del Consejo 2010/45/UE, de 13 de julio, por la que se modifica la Directiva 2006/112/CE relativa al sistema común del impuesto sobre el valor añadido en lo que respecta a las normas de facturación. Esta proposición de ley ha caducado, como puede verse en http://www.congreso.es/portal/page/portal/Congreso/Congreso/Iniciativas/PropLey?_piref73_1335476_73_1335473_1335473.next_page=/wc/servidorCGI&CMD=VERLST&BASE=IWI9&PIECE=IWI9&FMT=INITXD1S.fmt&FORM1=INITXLBA.fmt&DOCS=185-185&QUERY=%28proposicion+adj2+ley%29.tipo.

¹⁹ Desde el punto de vista tributario, parece excesivo alargar los plazos de presentación del IVA también para las medianas empresas, al no indicarse expresamente

²⁰ Incluimos en los costes administrativos los realizados por las empresas, el sector asociativo, los poderes públicos y los ciudadanos para cumplir las obligaciones legales de facilitar información sobre sus actividades, ya sea a las autoridades públicas, ya sea a entidades privadas, conforme a la Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, de 24 de enero de 2007, «Programa de Acción para la Reducción de las Cargas Administrativas en la Unión Europea» [COM (2007) 23 final - no publicada en el Diario Oficial].

La Comisión asimismo recomendaba a los Estados miembros que garantizaran la existencia de procedimientos judiciales adecuados para conseguir el cobro de la deuda (art. 4). Las concretas medidas que la Comisión invitaba a adoptar a los Estados miembros con objeto de proporcionar a los acreedores procedimientos rápidos, eficaces y poco costosos para conseguir el pago y la reparación de los perjuicios eran: a) fomentar la creación de procedimientos extrajudiciales para la solución de litigios en materia de pagos, b) mejorar la eficacia de los procedimientos judiciales monitorios o simplificados para la resolución de los litigios de escasa cuantía, c) mejorar la eficacia de los procedimientos ejecutivos para el cobro de los créditos.

En quinto lugar, la Comisión proponía la adopción de las medidas necesarias para la supresión de las dificultades que tienen lugar en los pagos de operaciones transfronterizas (art. 5). Para lograr este objetivo se invitaba a los Estados miembros a: a) fomentar una mejor información y formación de las empresas sobre gestión de los plazos de pago transfronterizos, b) facilitar las modalidades de cobro de los créditos transfronterizos no impugnados. En particular debería resultar más fácil obtener un título ejecutivo para este tipo de créditos, c) por lo que respecta a los procedimientos de solución de litigios y a la ejecución de sentencias, a adoptar las medidas necesarias para que se faciliten y aceleren en caso de demoras en los pagos transfronterizos.

Por último, el texto recomendaba la mejora del sistema de pagos en los contratos públicos, donde el problema de aplazamiento es tan frecuente y grave como en los contratos privados (art. 6). Para conseguir este objetivo se invitaba a los Estados miembros a: a) tomar medidas para sensibilizar a las autoridades implicadas sobre las consecuencias que las demoras en los pagos tienen para la salud financiera de los operadores económicos, b) respetar un plazo de pago de 60 días para los pagos en los contratos públicos, sin perjuicio

de los plazos más cortos que pudieran ser aplicables, c) examinar en qué medida se pueden reducir los plazos de pago de las Administraciones públicas a las empresas y en qué medida se pueden simplificar las normas existentes al respecto, d) establecer procedimientos administrativos con plazos que garanticen mayor rapidez en los pagos públicos. En concreto deberían fijarse plazos para realizar los trámites administrativos previos al pago, como puedan ser los procedimientos de recepción en las obras públicas, e) realizar a todos los niveles controles regulares sobre los plazos de pago de las autoridades públicas; los resultados deberían darse a conocer de forma oficial, f) prever el pago –simultáneo al pago del principal– de los pertinentes intereses de demora en el caso de que se sobrepasen los plazos contractuales, cuando ello sea imputable a las entidades adjudicadoras o a las empresas públicas. Deberían, además, preverse sistemas de control adecuados para garantizar que las autoridades públicas respeten este principio, g) adoptar las disposiciones necesarias para garantizar que se realice en plazos razonables, el pago a los subcontratistas en el marco de los contratos públicos.

De todo lo indicado anteriormente puede deducirse que la Comisión llegó a la conclusión de que, para combatir la morosidad, las empresas europeas necesitaban prioritariamente de la existencia de procedimientos legales más rápidos y efectivos para el cobro de deudas atrasadas; procedimientos judiciales ágiles y poco costosos, mecanismos simples de reclamación y arbitraje para conseguir soluciones rápidas sin necesidad de emprender acciones judiciales lentas y costosas. La Comisión era partidaria del establecimiento en todos los Estados de la Unión Europea de la obligación legal de la posibilidad del cobro de intereses de demora a un tipo de interés que haga más oneroso a los deudores morosos el tener deudas con los proveedores que con las entidades financieras, así como

indemnizaciones por los gastos de cobranza y mejoras en los plazos de pago de las Administraciones Públicas.

Esta Recomendación se dirigió a los Estados miembros (art. 8), a quienes se invitó a presentar a la Comisión, antes del 31 de diciembre de 1997, un Informe sobre las medidas adoptadas en relación a los principales aspectos que se contenían en la misma (art. 7). Más adelante daremos cuenta de los resultados obtenidos en los diferentes Estados miembros según los datos derivados de ese informe.

En nuestra opinión, esta Recomendación recogió las principales medidas que luego desarrollaría la Directiva: el reconocimiento automático de los intereses de demora, la fijación legal de unos plazos de pago, el derecho a percibir una compensación por los gastos de cobro, la mejora en los pagos en los contratos públicos y el establecimiento de procedimientos adecuados para el cobro de deudas.

Un año después de la Recomendación de la Comisión, el Parlamento Europeo presentó un Informe²¹ en el que hizo hincapié en el carácter jurídico no vinculante de toda Recomendación²² y pidió a la Comisión que estudiase la posibilidad de convertir la Recomendación en una Propuesta de Directiva del Consejo. Por tanto, desde la Comunidad Europea se quería luchar de manera decidida contra la morosidad. Esta intención se puso de nuevo de relieve cuando el 4 de julio de 1996, el Parlamento Europeo aprobó una

²¹ Encargado a un grupo de expertos presidido por el británico Lyndon Harrison sobre la Recomendación de la Comisión relativa a los plazos de pago en las transacciones comerciales [C (95) 1075-C4-0198/95]. Comisión de Asuntos Económicos y Monetarios y de Política Industrial (A 4-0161/96), de 8 de mayo de 1996

²² Y concretamente respecto de la Recomendación que nos ocupa manifiesta expresamente en el Considerando J: "... Duda, sin embargo, que un instrumento de la UE no vinculante jurídicamente sea adecuado para garantizar unos plazos de pago razonables, potenciar una competencia leal y abierta y la confianza en el mercado y contribuir a la mejora de la Economía facilitando las mejores prácticas empresariales y una mayor actividad comercial. Expresa su preocupación por la respuesta que puedan dar los Estados miembros a una Recomendación de la Comisión, instrumento hasta la fecha vacío de contenido ya que, al parecer, la mayoría de los Estados miembros lo considera no vinculante"

Resolución sobre la Recomendación anteriormente detallada²³. En ella instaba, nuevamente, a la Comisión a estudiar la posibilidad de convertir el contenido de la Recomendación en una propuesta de Directiva del Consejo, para su presentación al PE en el plazo más breve posible.

En esta Resolución, el Parlamento aprobó los objetivos establecidos en la Recomendación antes examinados. Expresaba su preocupación por la respuesta que pudieran dar los Estados miembros a una Recomendación y consideraba alentadores los estudios que demostraban una correlación entre una legislación vinculante y unas buenas prácticas de pago entre empresas. Reconocía que imponer por ley los plazos de pago establecidos afectaba a la libertad contractual de las empresas; no obstante, consideraba que era necesario un marco legislativo mínimo que mejorase la cultura empresarial y garantizara unas prácticas de pago leales. Insistía en que era necesaria una Directiva para mejorar la confianza en el mercado único estableciendo unas normas claras, eliminando las prácticas de pago desleales, definiendo las reglas básicas y armonizando las legislaciones sumamente dispares de los Estados miembros.

De las medidas que proponía el Parlamento destacamos las siguientes, algunas de las cuales van más allá de lo previsto en la Recomendación: en primer lugar, el reconocimiento por ley de intereses de demora para los acreedores, que se aplicarían de forma automática y resultarían adecuados como sanción y factor disuasorio de la tardanza en los pagos. En segundo lugar, el reconocimiento legal de las indemnizaciones por los costes en que se hubiera incurrido en relación con el cobro de las deudas de conformidad con unas tarifas que debería determinar la autoridad pública. En tercer lugar, la armonización mínima de las disposiciones legales relativas a

²³ Resolución del Parlamento europeo sobre la Recomendación de la Comisión relativa a los plazos de pago en las transacciones comerciales, DO C 211, 22 de julio 1996, pp. 43-44 (A4-0161/96)

procedimientos extrajudiciales y judiciales para la recuperación de los pagos atrasados y de los costes que conllevan²⁴. En cuarto lugar, la formación de las PYMES en materia de gestión de créditos. En quinto lugar, el aplazamiento del pago del IVA a la fecha de abono de las facturas. En sexto lugar, la aprobación de disposiciones sobre una adecuada información relativa a los créditos con datos exactos sobre demoras de pago persistentes o impagos, incumplimiento injustificado, abuso de posición dominante o fraude. En séptimo lugar, la aprobación de normas relativas a la concesión de licencias a los cobradores de deudas que habrían de cumplir determinados requisitos que ofrezcan garantías financieras en el respeto de las normas armonizadoras en relación con la probidad, la solvencia financiera y un alto nivel de formación. En octavo lugar, la aprobación de normas de derecho supletorio que definan un plazo de pago legal. Por último, la fijación de un nuevo marco normativo para la celebración de contratos públicos.

A fin de hacer un seguimiento de los resultados de la Recomendación que había emitido en 1995, a finales de julio de 1996 la Comisión solicitó información sobre los sistemas y plazos de pago a todos los Estados miembros de la Unión Europea y también a los países del Espacio Económico Europeo (Islandia, Liechtenstein y Noruega). Además, se trataba de averiguar si los Estados miembros habían adoptado alguna de las medidas sugeridas en la Recomendación o, al menos, si los gobiernos de los Estados tenían intención de modificar las legislaciones respectivas. La Comisión también solicitó información sobre las modalidades de pago en los distintos países. Asimismo recogió de diversas fuentes estadísticas los plazos de pago que existían en Europa²⁵.

²⁴ Esta medida ya se hallaba en la Recomendación

²⁵ Las fuentes de información de la Comisión para constatar estos datos fueron: Encuesta sobre prácticas de pago 1996 (*Payment Habits Survey 1996*), realizada por *Intrum Justitia*, Ámsterdam, abril de 1997; Encuesta de las empresas europeas (*European Business Survey*),

Los resultados, plasmados en el *Informe sobre los retrasos en el pago en las transacciones comerciales*, de 17 de julio de 1997 que más adelante analizaremos con detalle, fueron desalentadores, puesto que pocos Estados habían atendido a la Recomendación de 1995. Los perjuicios causados por la morosidad y el retraso generalizado en los pagos seguían siendo los mismos o incluso mayores que cuando se adoptó la Recomendación. La Comisión comprobó que en términos generales los plazos medios de pago se dilataron aún más a lo largo del año 1996, siendo peor la situación de las PYMES respecto al período de cobro de sus operaciones comerciales que en años anteriores.

Además de la Comisión, otros organismos comunitarios se ocuparon de estas cuestiones, así por ejemplo, el Consejo, que en su Decisión de 6 de diciembre de 1996, relativa al tercer programa plurianual a favor de las pequeñas y medianas empresas (PYME) de la Unión Europea (1997-2000) reafirmó su objetivo de proseguir los esfuerzos para reducir los problemas causados por los pagos morosos²⁶. También el Comité Económico y Social, que el 29 de mayo de 1997, emitió un Dictamen sobre el Libro Verde de la Comisión "*La contratación pública en la Unión Europea: reflexiones para el futuro*"²⁷ en el que proponía que se impusieran plazos de pago máximos, con penalizaciones en caso de demora ya que numerosas empresas denuncian los retrasos en materia de plazos de pago por parte de los adjudicadores públicos, incluidas las propias instituciones europeas y

Grant Thornton Internacional, Londres, mayo de 1997; *Internacional Risk & Payment Review*, Dun & Bradstreet Internacional, febrero de 1997; *Reforma del crédito: Insolvencia y prácticas de pago en Europa 1996-1997 (Creditreform: Insolventen und Zahlungsverhalten in Europa 1996/97)* Neuss 1997; Sitio Internet *Trade Indemnity* (<http://www.tradeindemnity.com/>); Encuesta PYME-PMI, UFB Locabail, Rueil-Malmaison, Francia, febrero de 1997; Observatorio de los plazos de pago (*Observatoire des délais de paiement*), *Cuarto Informe*, Paris, noviembre de 1996; *Encuesta trimestral de las tendencias financieras, Penalizaciones en operaciones comerciales (Quarterly Financial Trenches Survey, Trade Indemnity)*, Londres, febrero de 1997

²⁶ DO L 6, de 10 de enero de 1997

²⁷ DO C 287, 22 de septiembre 1997

pese a la publicación de la Recomendación de la Unión Europea, el fenómeno parecía agravarse.

La Comisión, mediante la Comunicación al Consejo Europeo de 4 de junio de 1997, publicó un *Plan de Acción para el mercado interior*²⁸ en el que se recalca que la morosidad representaba un obstáculo cada vez mayor para el éxito del mercado interior e incluía entre sus conclusiones la necesaria aprobación de una propuesta de Directiva sobre pagos morosos si antes de terminar el año los Estados miembros no daban una respuesta adecuada a ese problema.

Como antes se ha avanzado, la Comisión elaboró el Informe sobre los retrasos en el pago en las transacciones comerciales, de 17 de julio de 1997²⁹, en el que resumió los resultados de la evaluación de los efectos de la Recomendación de la Comisión de 12 de mayo de 1995, relativa a los plazos de pago en las transacciones comerciales.

El Informe analizaba la situación existente transcurridos dos años y, siguiendo los apartados de la propia Recomendación, las medidas aprobadas o en estudio para reducir los retrasos en los pagos habían sido las que se relatan a continuación.

En materia de transparencia, sólo Francia contaba con una ley que establecía ciertas exigencias en las facturas (*Loi n°93-122 du 29 janvier 1993 relative à la prévention de la corruption et à la transparence de la vie économique et des procédures publiques*) y Reino Unido había aprobado en 1996 una medida para fomentar el pronto pago (*British Standard for Prompt Payment BS 7890*³⁰) aunque no tenía carácter obligatorio³¹. En lo referente a la información y la formación ofrecida a las empresas sobre la gestión

²⁸ Comunicación de la Comisión al Consejo Europeo CSE (97) 1 final: Puede verse en: http://europa.eu/legislation_summaries/other/I70002_es.htm

²⁹ DO C 216, 17 de julio 1997, (97/C 216/07)

³⁰ BS 7890 *Method for Achieving Good Payment Performance in Commercial Transactions*. British Standards Institution, London, 1996

³¹ Dos años después fue cuando se adoptaron medidas de carácter obligatorio al publicarse *The Late Payment of Commercial Debts (Interest) Act 1998*

de los plazos de pago destacaba la creación en España del Centro de información personalizada para las PYME³² y en el Reino Unido la elaboración de la Guía gratuita de gestión de créditos y cobro de deudas por el Ministerio de Comercio e Industria (*Tackling Late Payment: Stating Payment Practice in the Directors Report*³³).

En cuanto a la indemnización por demora en el pago, en casi todos los países existía un devengo automático de intereses de demora (no así en Irlanda, Luxemburgo y Reino Unido) y en Italia por estas fechas se estudiaba un proyecto de ley que preveía sanciones pecuniarias para los subcontratistas morosos. El tipo de interés de demora variaba mucho de un país a otro, y era bajo en la mayoría de ellos, comparado con los tipos de interés usuales en el tráfico comercial, así por ejemplo, en Alemania del 5 %, en Bélgica del 7 %, en España (el más elevado de todos, aunque también influyo en ello la inflación) del 10 %, en contratos públicos + 1.5 puntos, en Francia era al menos 1.5 veces el tipo legal de 3.87 %, en Italia el 5 %, en los Países Bajos el 5 %) y en Austria el 5 %. Desde la publicación de la Recomendación tampoco había cambiado la manera de fijar el tipo de interés.

En cuanto a la indemnización por costes de cobro, variaba según los países. La novedad más reseñable era que en Austria había entrado en vigor el 27 de marzo de 1996 un Decreto del Ministerio de Economía por el que se autorizaba la imputación al deudor moroso de los gastos de cobro de la deuda.

La Comisión había recomendado (art. 4) a los países miembros que establecieran procedimientos de recurso rápidos, eficaces y poco costosos para conseguir cobrar las deudas. Dinamarca, mediante la creación de un comité encargado de simplificar los trámites legales en

³² <http://www.ipyme.org/es-es/Contacto/Paginas/Contactenos.aspx>

³³ http://books.google.es/books?id=YynaZuOE_LcC&pg=PA499&lpg=PA499&dq=Tackling+Late+Payment:+Stating+Payment+Practice+in+the+Directors%C2%B4Report&source=bl&ots=AoD-4cGVKr&sig=9LyISg6001x2ZJ2zRxX2qkLgw&hl=es&ei=pnuZTcHDA8W7hAeF9N3tCA&sa=X&oi=book_result&ct=result&resnum=2&ved=0CCAQ6AEwAQ#v=onepage&q=Tackling%20Late%20Payment%3A%20Stating%20Payment%20Practice%20in%20the%20Directors%C2%B4Report&f=false

caso de pequeñas cantidades (hasta 30.000 coronas, unos 4000 ecus) eliminando por ejemplo la exigencia de abogado; Portugal, a través de una ley publicada en diciembre de 1996 introdujo un procedimiento cautelar para deudas de hasta 250.000 escudos portugueses, unos 1300 ecus; Países Bajos, preparaba un proyecto de ley por el que se doblaba el importe de las deudas que podía tratar el juez de distrito (que hasta ese momento era de 5000 florines, es decir 2.300 ecus); Inglaterra y Gales, donde el nivel de las reclamaciones de pequeña cantidades se elevó hasta 3000 libras esterlinas (4.200 ecus) y donde existían propuestas de procedimientos rápidos en los casos de deudas de hasta 10.000 libras (14.000 ecus); establecían estos procedimientos para deudas de menor cuantía.

Existían iniciativas para regular las agencias de cobros de morosos, así en Francia mediante un Decreto aprobado en diciembre de 1996, Dinamarca, a través de la aprobación en abril de 1997 de una ley que regulaba el cobro de morosos y Finlandia, donde se estaba elaborando la legislación sobre las agencias de cobro de morosos con el objetivo de garantizar su fiabilidad, buen servicio y retribuciones razonables. No constaba que algún Estado hubiera adoptado medidas destinadas a eliminar los problemas específicos del comercio transfronterizo.

Y en materia de contratos públicos, Irlanda preparaba un proyecto de ley sobre pagos en el sector público con un límite de pago de 45 días, en España la ley 13/1995 de 18 de mayo de Contratos con las Administraciones públicas fijaba un límite de vencimiento de dos meses (art. 100.4) y en el Reino Unido las entidades públicas tenían mayores exigencias de pronto pago con fijación de plazos de pago, publicación de datos reales y la utilización del código de pronto pago por todas las instancias del Gobierno.

El Informe incluía también un estudio sobre los plazos de pago entre empresas que mostraba que aunque el plazo medio de crédito

contractual (período entre la entrega de los bienes y la fecha de vencimiento de la factura) era de tan sólo 39 días, el plazo de pago medio real era de 54 días (período transcurrido entre la entrega de los bienes y su pago efectivo). Consiguientemente los pagos en Europa registraban en 1997 un retraso medio de 15 días (los días de retraso son la diferencia entre el plazo de pago real y el plazo de crédito contractual). El estudio mostraba unas enormes diferencias entre países, siendo especialmente fuerte el contraste norte-sur. Los plazos de pago medios más prolongados se daban en Grecia (94 días), Portugal (91 días), Italia (87 días) y España (74 días)³⁴. En cambio, los países con los plazos medios de pago más cortos en 1997 eran Noruega, Finlandia y Suecia, con 27, 29 y 32 días, cuyos habitantes y la propia Administración eran los mejores pagadores de Europa (y lo continúan siendo en la actualidad).

En el mismo estudio se investigaron cuáles eran las causas principales de los pagos morosos, esto es, las diversas posibilidades que podían convertir a un cliente en deudor como por ejemplo: la existencia de problemas financieros, litigios e incidencias en las operaciones comerciales, la ineficacia administrativa, o el problema de los pagos transfronterizos. La intencionalidad resultó ser la causa del 35% de los casos de impago en la media europea (por ejemplo Reino Unido con un 51% de los casos, Bélgica con un 49% e Irlanda con un 47% y España, el mayor de los citados, con un 62%). El estudio hacía un análisis muy completo de la situación económica y financiera de las PYMES y afirmaba que los plazos prolongados provocaban una gran vulnerabilidad de sus tesorerías y que como frecuentemente dependían de un número limitado de compradores, presentaban una importante debilidad frente a las grandes empresas a las que suministraban. El estudio establecía que los retrasos a la

³⁴ Sin embargo, el plazo de pago de 74 días que arrojó el estudio europeo para España fue cuestionado por los expertos españoles, puesto que fuentes nacionales daban un resultado de unos, aproximadamente, 90 días como plazo de pago medio en nuestro país en aquel momento

hora de cobrar provocan, lógicamente, deterioros en las tesorerías de las PYMES y elevan sus costes financieros y en concepto de intereses. Incluso mostraba un ejemplo práctico del problema de los retrasos en el cobro de las ventas en una mediana empresa europea³⁵.

Tras la revisión de las medidas adoptadas en los Estados miembros, algunas de las indicaciones más interesantes que resultaban del informe de la Comisión eran las que destacamos a continuación:

a) En pocos países se habían tomado medidas para mejorar la situación de los pagos entre empresas; en la mayoría de los Estados miembros no se había hecho nada o se había avanzado muy poco en la solución del problema. De hecho, en el caso de España, el proceso de adopción de estas medidas ha sido muy largo y, como iremos indicando en este capítulo y en el capítulo II de esta tesis, sólo cuando estábamos ya fuera del plazo de transposición de la Directiva de la cual es antecedente la Recomendación 95/198/CE es cuando se ha procedido a incorporar en nuestro Derecho todos estos cambios

b) Las estadísticas indicaban que los plazos medios de pago en Europa habían aumentado en 1996, hasta el punto de que su retraso medio era de 15 días y que esta situación era especialmente mala en algunos países del sur, como Grecia, España, Portugal e Italia

c) Los plazos de pago cada vez más prolongados tenían graves repercusiones en las empresas, especialmente en las PYMES cuya tesorería, rentabilidad y competitividad se veían deterioradas. La situación competitiva de las PYMES en su calidad de proveedoras de las grandes empresas podía quedar distorsionada por unos atrasos en los pagos de las grandes empresas deliberadamente largos. La situación de los pagos también estaba perjudicando el desarrollo del comercio intracomunitario y el correcto funcionamiento del mercado interior. Las agencias de cobro de morosos se enfrentaban a

³⁵ N° C 216/16. Al respecto, v. BRACHFIELD, P., *La lucha contra la morosidad...* cit. pp. 145 y 146

problemas específicos a la hora de prestar sus servicios en la Comunidad Europea.

d) Los plazos de pago son un elemento importante del entorno financiero de las empresas y unos plazos de pago largos aumentaban las exigencias de liquidez de las empresas, ponían en peligro su equilibrio financiero y provocaban onerosos costes administrativos. Las diferencias en los plazos de pago entre Estados se consideraban un obstáculo para el correcto funcionamiento del mercado interior y para la expansión del comercio intracomunitario especialmente en el caso de las PYMES. Por consiguiente tanto para la competitividad de las empresas como para el éxito del mercado interior, eran esenciales unos plazos de pago razonables en la Unión Europea

e) El informe hacía un análisis de las finanzas operativas de las PYMES, indicando que el incremento en las necesidades de tesorería provocadas por unos plazos de pago prolongados obligaba a estas empresas a buscar financiación externa a corto plazo. Una posibilidad eran los préstamos bancarios a corto plazo, pero su disponibilidad era limitada especialmente para las empresas más pequeñas y su coste podía resultar relativamente elevado. Los sistemas de descuento y el factoring ofrecían ventajas de gestión financiera para las PYMES, pero también eran costosos y no servían para todas las empresas.

f) Respecto a los costes para las empresas, la Comisión recordaba que las PYMES debían gastar tiempo y asumir elevados costes de personal para la recepción de información financiera sobre la solvencia de clientes potenciales y la gestión de reclamaciones no satisfechas. Tales costes eran desproporcionadamente altos para las PYMES, puesto que no disponían de personal especializado en el cobro de morosos y a menudo sus propietarios debían intervenir personalmente para cobrar, lo que suponía una pérdida de tiempo. Los problemas se complicaban si el deudor o pagador moroso estaba domiciliado en otro país y la empresa acreedora debía seguir trámites legales distintos en el extranjero

g) El uso de los servicios de las agencias de cobro de morosos por parte de las empresas europeas era muy diferente entre los distintos países. En las naciones escandinavas se acudía con frecuencia a las empresas de recobro de impagados, en competencia con los abogados a la hora de prestar servicios de recuperación de créditos a las empresas, y constituían una alternativa barata y eficaz frente a los pleitos judiciales. La competencia de las agencias de cobro de morosos y de otras entidades parece que reduce los costes empresariales de los procedimientos de reclamación de deudas. En principio, según el estudio, las agencias de cobro deberían poder cobrar todas las cuentas pendientes de un cliente en toda la Comunidad Europea. Sin embargo en la práctica existían tres grandes obstáculos que les impedían hacerlo así: diversos requisitos de licencia o autorización administrativa en los distintos países, la circunstancia de que en algunos Estados determinadas diligencias judiciales y extrajudiciales están reservadas exclusivamente a los abogados o a otros profesionales del derecho, y, por último, los costes de reclamación no siempre pueden cobrarse del moroso o, en caso de poder serlo, el cobro de la suma total no siempre está garantizado

h) Las diferencias existentes en las modalidades de pago en la Unión Europea podían obstaculizar el mercado único al disuadir a las empresas, sobre todo a las PYMES, de dedicarse al comercio transfronterizo. El informe indicaba que una media del 21 por ciento de las empresas europeas exportaría más si los plazos de pago de los clientes extranjeros fueran más breves³⁶. Las diferencias en los usos de pago de las empresas dificultaban una consideración adecuada de los plazos de pago al calcular los precios de venta y dedicarse al comercio transfronterizo. Un plazo de pago prolongado podía hacer

³⁶ Un 48% en Irlanda, un 37% en los Países Bajos y un 35% en Bélgica, según la Encuesta europea sobre prácticas de pago 1996 (*European Payment Habits Survey, 1996*) realizada por *Intrum Justitia*, Amsterdam, abril de 1997, según se indica en el Informe de la Comisión nº C 216/17

poco rentable una transacción si no se había incluido correctamente esta circunstancia en el precio final del producto o servicio.

En sus conclusiones, el informe de la Comisión consideraba que para minimizar los pagos morosos era necesaria la combinación de medidas legislativas y de medidas prácticas, tal y como se señalaba en la Recomendación de 1995. La Comisión consideraba que debía preservarse la libertad contractual entre las empresas: las partes contratantes deberían poder acordar para cada operación si existe el devengo automático de interés de demora y su tipo de interés.

La Comisión expresaba su preocupación porque desde la adopción de la Recomendación, había observado la ausencia de medidas para combatir los pagos morosos en la mayoría de los Estados de la Unión Europea, de manera que los problemas eran los mismos o peores que antes de la Recomendación de 1995. La Comisión afirmaba que las estadísticas más recientes (en aquel momento) indicaban que en el mejor de los casos no se había registrado ninguna mejora en los plazos de pago en muchos Estados miembros y que en varios países habían aumentado. Los pagos morosos seguían siendo un obstáculo al desarrollo de las empresas, especialmente las PYMES, y al éxito del mercado interior³⁷.

La Comisión manifestaba que la ausencia, en la práctica y en el Derecho de los Estados miembros, de medidas señaladas en este informe y las continuas peticiones de las empresas de que haya unas mismas reglas de juego en el mercado interior en lo relativo al incumplimiento de los plazos de pago contractuales, le habían persuadido para hacer ella misma propuestas respecto a los requisitos mínimos que debieran incorporarse a las legislaciones nacionales y, en consecuencia, proponía la elaboración de una Directiva.

³⁷ Se refiere a esta circunstancia SORIANO GARCÍA, J.E., *Lucha contra la morosidad...* cit. p. 86 in fine.

A tal fin, invitaba a realizar comentarios durante una audiencia pública que tenía previsto organizar en octubre de 1997. El día 7 de octubre de 1997 tuvo lugar en Bruselas dicho acto³⁸, con la presencia de más de doscientos participantes, lo que confirmó su intención de elaborar una propuesta de Directiva³⁹.

2. Antecedentes de la Directiva

Como colofón a lo expuesto, el 23 de abril de 1998 la Comisión presentó la *Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las transacciones comerciales*, que había sido aprobada el 25 de marzo⁴⁰. El principal objetivo de esta Propuesta era favorecer el cumplimiento de los plazos de pago acordados entre las empresas privadas y entre éstas y el sector público, siempre respetando el principio de libertad de contratación de la empresa privada. La Comisión esperaba que esta Directiva beneficiase de forma significativa a las empresas, en particular a las PYMES. La reducción de la morosidad mejoraría la liquidez de las mismas y reduciría las cargas administrativas y financieras que generaba el cobro de las deudas. Por último, según la Comisión, la Directiva repercutiría positivamente en el empleo al aportar estabilidad económica a las empresas y al reducir el número de puestos de trabajo perdidos por las quiebras empresariales en Europa.

³⁸ A este respecto, ver COMISIÓN EUROPEA, "Retrasos en los pagos; apoyo masivo a la iniciativa de la Comisión", *Euro-info*, febrero-marzo 1998, p. 2.

³⁹ La Propuesta de Directiva acerca de los retrasos en los pagos se convirtió –como parte integrante de la mejora del entorno financiero de las empresas en Europa– en una de las ocho prioridades de la DG XXIII de la Comisión Europea para el año 1998 (COMISIÓN EUROPEA, "El papel, los objetivos y las 8 prioridades de la DG XXIII en 1998", *Euro-info*, febrero-marzo 1998, p. 2).

⁴⁰ COM (1998) 126 final (98/0099 [COD]); al respecto ver GARCÍA GALLARDO, R., "Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las transacciones comerciales", *DN*, junio nº 93, 1998, pp. 43 y 44; GARCÍA MANDALÓNIZ, M., "La lucha contra la morosidad...cit. pp. 9 a 22. En tono muy crítico con el proceso ARRUÑADA, B., *La Directiva sobre morosidad: una mala solución para un falso problema*, Madrid, Marcial Pons, 1999, pp. 7 y ss.

De la propuesta de Directiva, destacamos los siguientes aspectos: en primer lugar, aunque el texto no pretendía armonizar los plazos de pago en la Unión Europea, creaba un plazo máximo de pago que sirviera de referencia en las transacciones comerciales, puesto que a falta de plazo prefijado contractualmente, la fecha de vencimiento de los débitos mercantiles era de 21 días laborables. Como *dies a quo* se proponía, bien la fecha de la factura o la fecha de entrega de los bienes y servicios al comprador [artículo 3.1 a y b) de la Propuesta].

En segundo lugar, la propuesta establecía el devengo automático de los intereses de demora a partir del día siguiente a la fecha del vencimiento del pago. Fijándose como tipo de interés de demora la suma del tipo de adjudicación del Banco Central Europeo (tipo de referencia) más al menos ocho puntos porcentuales, de no especificarse lo contrario en el contrato o en las condiciones generales de venta del vendedor [artículo 3.1 c, d y e]. Además de los intereses de demora, se reconocía el derecho del acreedor a reclamar al deudor la compensación íntegra del perjuicio causado [artículo 3.1.g]

En tercer lugar, la Propuesta preveía el derecho de retención a favor del vendedor hasta el completo pago de la deuda, bajo el principio de reserva de dominio reconocido en el artículo 4.

En cuanto a los procedimientos para el cobro de las deudas, una importante medida era el establecimiento de procedimientos de recuperación acelerada de las deudas no impugnadas, cuya duración no excediera de 60 días naturales entre la fecha de recepción de la demanda del acreedor y la fecha en la que el mandamiento judicial deviniera ejecutivo (artículo 5⁴¹). Además, con el objeto de aplicar métodos simples y de bajo coste para el cobro judicial de deudas, el artículo 6 de la propuesta autorizaba a los Estados miembros a

⁴¹ Dicho plazo de 60 días se entendía sin perjuicio de la aplicación de las normas de notificación y del derecho del demandado de impugnar la deuda.

establecer procedimientos simplificados para los litigios relativos a créditos de importe inferior o igual a 20.000 ecus que permitieran el ejercicio de acciones judiciales a los acreedores de cualquier país de la Unión Europea con costes no muy elevados, o al menos inferiores a los del procedimiento ordinario.

Para conseguir un pronto pago en los contratos celebrados entre las empresas privadas y las Administraciones públicas, los plazos que debería cumplir la Administración Pública no podrían en ningún caso sobrepasar los 60 días y, de ser incumplidos, debería pagar los mismos intereses de demora que las empresas privadas, de acuerdo con lo previsto en el artículo 8 de la Propuesta.

Por último, la Propuesta preveía, en su artículo 9, la creación de un Comité, formado por representantes de los Estados miembros de la Unión Europea y presidido por un representante de la Comisión, que velaría por la aplicación de la Directiva.

En nuestra opinión esta Propuesta de Directiva recogía de manera bastante acertada las preocupaciones y demandas mostradas hasta la fecha sobre las causas que justificaban su redacción y resultaba bastante adecuada para solucionar el problema de la morosidad.

La tramitación de la Propuesta de Directiva a través de las distintas instituciones de la Unión Europea duró casi dos años, pasando el texto legislativo por una serie de fases que a continuación vamos a exponer:

El 15 de mayo de 1998⁴² el Consejo de la Unión Europea consultó al Comité Económico y Social sobre la Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las transacciones comerciales. Como

⁴² De conformidad con el entonces artículo 100 A del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea (en la actualidad, v. art. 304 TFUE, el Consejo decidió consultar al Comité Económico y Social (CES) sobre la Propuesta de Directiva mencionada. La Sección de Industria, Comercio y Artesanía y Servicios encargada de preparar los trabajos del Comité aprobó su Dictamen el 8 de julio de 1998. En su pleno 357º de los días 9 y 10 de septiembre el Comité Económico y Social aprobó por unanimidad el mencionado Dictamen

consecuencia de esa consulta se aprobó el 10 de septiembre un Dictamen⁴³ en el cual el Comité Económico y Social (en adelante CESE) apoyó la elaboración de una Directiva europea sobre la morosidad, y en particular apoyó lo previsto en la Propuesta de Directiva en materia de pagos de las Administraciones Públicas. Asimismo propuso que el plazo máximo de 60 días de pago para las operaciones celebradas con los organismos públicos se redujera a 45 días y más adelante a 30 días. Para que la Directiva fuese más eficaz y en ausencia de resultados significativos en la reducción de plazos (constatados a los tres años de su aprobación mediante un seguimiento anual), el CESE sugería prever en su texto la posibilidad de hacer obligatorio para las relaciones contractuales entre empresarios y entre empresarios y Administraciones públicas un plazo máximo que se debería introducir de forma gradual⁴⁴.

⁴³ DO C 407 de 28.12.1998, p. 50

⁴⁴ Además de lo indicado, el CESE proponía instar a los Estados miembros a tomar varias medidas. En primer lugar a prever disposiciones reglamentarias que se aplicasen a los contratos para abarcar ámbitos en los que los plazos excesivos constituyen amenazas claras contra el buen funcionamiento del mercado. En segundo lugar, a reforzar todas las disposiciones a favor de la visibilidad de las transacciones (en los contratos, las condiciones generales de venta) con indicaciones obligatorias de los plazos de pago y de los eventuales intereses de demora. En tercer lugar, a prever disposiciones de derecho de la competencia, en materia de lucha contra las prácticas en el comercio desleal, para hacer ilícitas las cláusulas abusivas de plazos de pago anormalmente largos que excedan del ciclo medio de venta (más de 60 días) sin razones legítimas.

A juicio del CESE, la propuesta de Directiva olvidaba aspectos importantes como las dificultades que implica la ejecución en un Estado miembro de un título ejecutivo emanado de la jurisdicción de otro Estado miembro, a pesar de las disposiciones del Convenio de Bruselas de 1968. Olvidaba también, respecto a la organización en Europa de las actividades de cobro de morosos tales como la libertad de prestación de servicios, las referencias a los códigos deontológicos, las licencias administrativas y el derecho de establecimiento. A este respecto, a juicio del CESE, cabría recomendar a los Estados miembros que facilitasen, en su legislación, la cesión a terceros del derecho a percibir intereses. Esta medida permitiría, entre otras cosas, alentar a las PYMES a utilizar los servicios de las empresas de cobro de morosos menos caras y, al descentralizar el conflicto, minimizar los riesgos de medidas de represalia por parte de las grandes empresas o de los compradores públicos. Por último, quedaban fuera del ámbito de aplicación de la Directiva las relaciones con los consumidores. Por ello, instó a la Comisión a que realizara estudios sobre ello con el fin de determinar la oportunidad de, o bien incluir ciertos aspectos de las relaciones con los consumidores en la Directiva, o bien elaborar propuestas específicas al respecto.

Finalmente, el CESE también hacía en su Dictamen algunas observaciones específicas sobre el articulado de la Directiva así por ejemplo que resultaba poco realista la referencia al plazo de 21 días para algunos países; que la fijación del tipo de interés a partir del tipo del Banco Central Europeo más ocho puntos era rigurosa pero realista y razonable; que hubiera sido interesante desarrollar soluciones que favorezcan la negociación contractual como el arbitraje o la mediación extrajudicial por las ventajas que presentan en las relaciones de negocios; y que se debería crear un grupo consultivo, compuesto por representantes de los medios interesados (industrial, PYME, artesanía, comercio, bancos, consumidores, abogados)

El Parlamento Europeo emitió su Dictamen⁴⁵ en primera lectura sobre la propuesta presentada por la Comisión Europea y aprobó el 17 de septiembre el texto de la Propuesta de Directiva, introduciendo una serie de enmiendas, e instó a la Comisión a modificar su propuesta de conformidad con el apartado 2 del artículo 189 A del Tratado CE [actualmente art. 294.7 c) TFUE].

A través de 31 enmiendas, el Parlamento matizó varios puntos importantes del texto legal e introdujo nuevos aspectos, algunos de ellos de gran trascendencia, para tratar de acortar los plazos de pago en Europa y para dar mayores garantías de cobro a los acreedores. Desafortunadamente varias de las más importantes modificaciones que pretendía incorporar el Parlamento al texto de la Directiva contra la morosidad no pudieron ser consensuadas y desaparecieron del texto final de la ley.

Entre las enmiendas más relevantes del PE estaba la número 14, que se refería al cálculo del vencimiento del plazo de pago de las deudas, indicando que el plazo de 21 días naturales sería contado desde la fecha de recepción de la factura por el comprador y que la factura se consideraría recibida a más tardar el quinto día natural después de su envío. Esta modificación de la Propuesta fue aceptada. Asimismo se preveía (también en la enmienda nº 14) que si el plazo de pago excedía los 60 días naturales, el comprador debería entregar al proveedor un pagaré en el que se especificase la fecha de su vencimiento y que estuviese avalado por una entidad bancaria. Como a continuación veremos, el plazo de 60 días se redujo a 45 en la tramitación de la Propuesta de Directiva. Sin embargo no se aceptó la contenida en su párrafo g, en la que se establecía una relación

establecido en el seno del Observatorio del Mercado Único que tendría, entre otras, la función de participar en la evaluación del impacto de la Directiva.

⁴⁵ DO C 313 de 12.10.1998, p. 142

detallada de todos los costes y gastos de gestión que el acreedor podría reclamar al cliente moroso⁴⁶.

Conforme a lo establecido en el entonces artículo 189 A apartado 2 del TCE (actual artículo 294.7 TFUE), la Comisión Europea presentó el 30 de octubre de 1998 una Propuesta modificada de Directiva⁴⁷, incorporando al texto las enmiendas introducidas por el Parlamento Europeo. La mayoría de las propuestas del Parlamento (26 en total) fueron aceptadas total o parcialmente por la Comisión.

En particular, la Comisión estuvo de acuerdo en que sería conveniente reforzar la protección del acreedor cuando los plazos de pago fueran largos como proponía el Parlamento en su enmienda 14, aunque variando el plazo (que ahora la Comisión fijaba en 45 días naturales a partir de la fecha de recepción de la factura en lugar de los 60 que proponía la enmienda) a partir del cual el comprador estaría obligado a entregar al vendedor un pagaré en el que se especificase la fecha de su pago y que estuviese avalado por una entidad de crédito reconocida. También estuvo de acuerdo con la enmienda nº 24 del Parlamento sobre la transparencia de los contratos públicos, insistiendo en la exigencia de que en ellos constase información precisa sobre la fechas de demora y plazos de pago por parte de las entidades adjudicadoras, incluso en los casos en que estos plazos estén determinados en las condiciones generales de contratación.

A pesar de que la Comisión aceptó la mayor parte de las enmiendas, rechazó ocho, concretamente la nº 5 (que introducía el considerando 16 ter sobre la necesidad de estar alerta contra prácticas comerciales

⁴⁶ Así la enmienda incluía como costes y gastos que el acreedor podía reclamar al deudor moroso los de créditos bancarios o de descubierto del acreedor en la medida en que no queden totalmente compensados por los intereses de demora, los costes administrativos para la empresa del acreedor como resultado del cobro, los costes de terceros y los costes derivados del cobro mediante acción judicial. Se especifica asimismo que todos los costes derivados de un retraso en el pago no se considerarían merecedores de compensación y que los Estados miembros podrían limitar los costes de asistencia jurídica comprendidos en estos perjuicios.

⁴⁷ DO C 374/4, de 3.12.98

desleales), la nº 6 (en cuyo considerando 16 quater sugería que en el caso de los productos alimenticios perecederos la morosidad no era imputable a exigencias reales del mercado sino a distorsiones de la competencia que debían corregirse), la nº 23 (que introducía un nuevo artículo, el 6 bis: "Las disposiciones de los Estados miembros que regulan la representación por abogado en las acciones judiciales no se verán afectadas por las disposiciones anteriores"), la enmienda nº 25 que incorporaba el artículo 7 bis, relativo a la regulación de las agencias de cobro de deudas, por lo que estas agencias quedaron fuera del ámbito de la Directiva, la nº 27 (que proponía la sustitución en el artículo 8.2 de la expresión "Administraciones públicas" por la de "entidades adjudicadoras"), la nº 29 (que añadía un nuevo párrafo, el 4 bis, al artículo 9 que hacía referencia a que el presidente del comité consultivo podía ser oído por las comisiones competentes del Parlamento europeo). También fue rechazada la enmienda 34 que proponía un nuevo artículo, el 9 bis según el cual antes del 31 de diciembre de 2002 la Comisión presentaría un informe sobre la evolución en materia de plazos de pago y morosidad, las medidas adoptadas y los resultados alcanzados. De todas las enmiendas que fueron rechazadas nos parece la más desafortunada la de aquella que regulaba las agencias de cobros de deudas (la nº 25) ya que hubiera podido contribuir a dar mayor claridad a una cuestión que en algunos países plantea y sigue todavía planteando problemas, así en España (acoso a los deudores, etc), como veremos en otros epígrafes.

El Consejo de la Unión Europea, en virtud del procedimiento de codecisión, aprobó el 29 de julio de 1999 su Posición Común 36/1999 con vistas a la adopción de la Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales⁴⁸.

El Consejo fue más restrictivo que la Comisión respecto a las enmiendas del PE y así la Posición Común sólo aceptó cuatro de las

⁴⁸ DO C 284, 6-10-1999, p. 6

enmiendas propuestas por el Parlamento en primera lectura, concretamente la 1⁴⁹, la 9⁵⁰, la 15⁵¹ y la 31⁵².

Una buena parte de los considerandos de la Posición Común eran muy semejantes a los que aparecían en los textos de la Comisión y del Parlamento, no obstante, se omitieron dos muy importantes: el número 13⁵³ sobre la cláusula de reserva de dominio y el número 15⁵⁴ sobre la regulación del comportamiento de pagos de las Administraciones Públicas, que figuraban en la propuesta modificada de la Comisión. La Exposición de Motivos del Consejo también eliminaba una parte del considerando 8 y del considerando 9, relativos, respectivamente a las dificultades, retrasos y encarecimiento en el cobro que provocan las divergencias entre las legislaciones nacionales y al posible falseamiento de la competencia como consecuencia de la aplicación de normas diferentes a las operaciones en el mercado nacional y a las transfronterizas. El texto de la Posición Común eliminaba una frase que figuraba en el considerando 12 de la propuesta de Directiva, con lo que quedaba excluido un punto importante: la necesidad de indemnizar

⁴⁹ Esta enmienda añadía, en el considerando 7, los excesivos plazos de pago junto a la morosidad como causas de la insolvencia de muchas empresas.

⁵⁰ Que modificaba el concepto de transacciones comerciales del artículo 2.1.

⁵¹ Esta enmienda introducía un nuevo artículo, el 3.2 bis conforme al cual la Comisión al menos durante los tres primeros años desde la entrada en vigor de la Directiva, llevaría a cabo una revisión anual para evaluar el impacto para las transacciones comerciales y el funcionamiento de la legislación en la práctica. Estos resultados se debían poner en conocimiento del Parlamento europeo

⁵² Que introducía una modificación en la redacción del artículo 10.2, al sustituir la expresión "disposiciones más estrictas" por "disposiciones más favorables para el acreedor".

⁵³ "Considerando que la utilización de cláusulas de reserva de dominio como medio de acelerar el pago se ve limitada actualmente por una serie de diferencias en las legislaciones nacionales; que es necesario garantizar que los acreedores puedan ejercer la reserva de dominio en toda la Comunidad utilizando una única cláusula reconocida por todos los Estados miembros, que evite que la excesiva duración de los plazos de pago y la morosidad distorsionen las transacciones comerciales en el contexto del mercado interior".

⁵⁴ "Considerando que las administraciones públicas realizan pagos de un volumen considerable a las empresas; que una estricta disciplina de dichas autoridades en materia de pagos tendrá un efecto ejemplarizante, beneficioso para el conjunto de la economía; considerando que, en el ámbito de la contratación pública, las empresas contratistas, a su vez, también demoran los pagos a sus suministradores y subcontratistas, recurriendo habitualmente a la imposición de unos plazos de pago desproporcionados, conducta que afectan gravemente a los intereses de numerosas empresas, especialmente PYME; considerando que, por lo que se refiere a los pagos realizados por la Comisión, ya se decidió otorgar a determinados acreedores el derecho a percibir intereses de demora sobre los pagos que incurran en mora".

plenamente al acreedor por los gastos causados, frase que en el texto de la Posición Común desapareció. También eliminaba el adjetivo de “poco costosos” de los procedimientos judiciales del considerando 14 de la propuesta modificada.

En cambio, bastante acertadamente, incluía varios Considerandos nuevos: el 11 sobre la limitación de la Directiva al ámbito estrictamente mercantil (quedan expresamente fuera las deudas de los consumidores, ya que éstos encuentran la necesaria protección a través de las Directivas comunitarias en materia de consumo) y excluyendo las deudas documentadas en cheques o letras de cambio (que ya cuentan con una normativa bastante armonizada en la Unión Europea que sigue el Convenio de Ginebra); el considerando 12 en el que se incluye dentro del ámbito subjetivo de la norma a las profesiones liberales matizando que ello no implica que los Estados miembros deban tratarlas como empresas en aspectos no regulados en la Directiva; el considerando 15 en el que se prevía la posibilidad de que existiera una justificación para contratos con períodos de pago más largos y el considerando 16 en el que se declaraba que la Directiva debía prohibir el abuso de la libertad contractual en perjuicio del acreedor.

Un total de cinco artículos de la propuesta de la Comisión fueron eliminados⁵⁵ y el resto de los preceptos experimentó importantes modificaciones. El Consejo rechazó de pleno las disposiciones sobre la reserva de dominio (artículo 4) por entender que excedía del ámbito de la Directiva al entrar en cuestiones de Derecho concursal⁵⁶, sobre la regulación específica de la contratación pública (artículo 7) dada la existencia de normativa comunitaria *ad hoc* y sobre la puesta en

⁵⁵ Concretamente los artículos 4 (reserva de dominio), 6 (procedimientos jurídicos simplificados para deudas de pequeña cuantía), 7 (transparencia en los contratos públicos), 8 (pronto pago, fecha de vencimiento y devengo automático de intereses) y 9 (comité consultivo con la función de velar por la aplicación de la Directiva)

⁵⁶ Exclusión que lamentó la Comisión en su Comunicación al Parlamento sobre esta Posición Común, SEC/99/1398 final- COD 99/0099, porque consideraba que un amplio reconocimiento mutuo comunitario de las cláusulas de reserva de dominio constituía un instrumento indispensable para conseguir que los deudores paguen puntualmente

marcha de procedimientos simplificados de cobro de deudas de hasta 20.000 euros (artículo 6) ya que varios Estados miembros eran reticentes a modificar las disposiciones nacionales relativas a la organización de sus tribunales y también temían que la propuesta fuera a tener repercusiones sobre la necesidad para los litigantes de ser representados por un abogado⁵⁷.

El Consejo también llegó a una conclusión sobre algunos puntos básicos de la Directiva, en particular respecto al período de tiempo a partir del cual se devengarían los intereses de demora (30 días en lugar de los 21 que proponían la Comisión y el Parlamento, tiempo que se consideraba ya una mejora respecto de la media comunitaria que era entonces de 39 días), el tipo de interés aplicable para calcular esos intereses moratorios (6 puntos porcentuales por encima del interés básico de refinanciación del Banco Central Europeo, en lugar de los 8 puntos que pretendían la Comisión y el Parlamento) y los plazos legales para los procedimientos acelerados de cobro de los créditos no impugnados (pudiendo llegar a 90 días, en lugar de los 60 días naturales entre la fecha de recepción de la demanda del acreedor y la fecha de en que el mandamiento judicial devenga ejecutivo como pretendía la propuesta de la Comisión).

La Posición Común fue aceptada por la Comisión a través de la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo con arreglo al párrafo segundo del apartado 2 del artículo 251 del Tratado CE acerca de la posición común del Consejo sobre la propuesta de directiva del Parlamento Europeo y del Consejo por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las transacciones comerciales, aunque precisando que era necesaria una segunda lectura por parte del Parlamento Europeo para dar un nuevo impulso a la Directiva⁵⁸, al

⁵⁷ Argumentos todos ellos constatados por la Comisión en la Comunicación al Parlamento sobre esta Posición Común, SEC/99/1398 final- COD 99/0099, p. 4.

⁵⁸ En dicha comunicación, la Comisión consideraba que la Posición Común constituía un avance considerable en la lucha contra la morosidad, aunque hubiera preferido acciones más decisivas sobre varias cuestiones y lamentaba que se hubiera eliminado la obligación del

ser de gran importancia los cambios introducidos en la propuesta original.

Siguiendo el procedimiento de codecisión, en segunda lectura, el 16 de diciembre de 1999 el Parlamento Europeo aprobó una “Resolución legislativa sobre la Posición Común del Consejo con vistas a la adopción de la Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales”⁵⁹.

El Parlamento, en desacuerdo con el importante recorte legislativo que había realizado el Consejo, introdujo numerosas enmiendas al texto de la Posición Común y reincorporó tres de los cinco artículos suprimidos: el artículo 4 de la propuesta modificada “reserva de dominio”, el artículo 7 de la propuesta modificada “transparencia en los contratos públicos” y el artículo 8 de la propuesta modificada “pronto pago, fecha de vencimiento y devengo automático de intereses”.

La Asamblea legislativa consideraba que, además de los intereses de demora, el acreedor debía tener derecho a reclamar al deudor una indemnización por los costes y pérdidas que le hubiera causado la morosidad del deudor. Además, solicitaba a los Estados miembros que velasen porque existieran medios adecuados y eficaces para evitar que siguieran aplicándose cláusulas que resultasen “gravemente abusivas” para el acreedor. En tercer lugar, volvió a introducir las disposiciones sobre la reserva de dominio, por entender que era necesario garantizar que los acreedores pudieran hacer uso de la cláusula de reserva de dominio en toda la Comunidad por medio de una misma cláusula reconocida por todos los Estados miembros. También restableció el artículo que se refería a la transparencia de los contratos públicos. Y volvió a introducir un plazo de 60 días naturales

deudor de pagar una indemnización por todos los costes causados y que se suprimiera el derecho a la reserva de dominio.

⁵⁹ DO C 296 de 18.10.2000

(en lugar de los 90 de la Posición Común) a partir de la presentación de la demanda para que el acreedor pudiera obtener un título ejecutivo cuando no se hubiera impugnado la deuda. El texto de la Resolución introducía asimismo enmiendas en relación con el devengo automático de intereses en caso de no fijarse en el contrato la fecha o el plazo de pago, en concreto el plazo de 21 días contados a partir de la fecha en la que el deudor hubiera recibido la factura o una solicitud de pago equivalente.

Incorporaba también enmiendas en el artículo 3.1 d) de modo que el tipo de interés legal de demora fuera fijado en 8 puntos porcentuales sobre el tipo básico de interés determinado por el Banco Central Europeo, en lugar de los 6 puntos que pretendía el Consejo de la UE. Otra enmienda importante era la que se incorporaba en el artículo 3.1 letra d bis) relativa a la compensación por determinados costes derivados del cobro de la deuda⁶⁰.

En relación a los contratos celebrados con las Administraciones Públicas, el texto de la Resolución del Parlamento incorporaba dos enmiendas que realizaban cambios significativos al introducir un nuevo artículo 3 ter sobre transparencia de los contratos públicos y un nuevo artículo 3 quater sobre pronto pago, vencimientos e intereses por mora.

La Comisión, el 8 de marzo de 2000, emitió un completo Dictamen sobre las modificaciones propuestas por el Parlamento Europeo en

⁶⁰ Artículo 3.1 d bis): “además de los intereses de demora, el acreedor tenga derecho a reclamar al deudor una compensación plena, por las pérdidas que le haya reportado la morosidad, lo que incluye: i) los costes de los créditos bancarios o de descubierto del acreedor, en la medida en que no queden totalmente compensados por el derecho a los intereses de demora, ii) los costes administrativos que resulten en la empresa del acreedor como resultado del cobro, iii) los costes del cobro por medio de empresas dedicadas al cobro de deudas iv) los costes derivados del cobro mediante acción judicial. Los Estados miembros podrán garantizar que los costes que pudieran reclamarse en virtud de los párrafos ii, iii y iv precedentes sean proporcionados a la deuda realmente contraída”

segunda lectura y recogidas en la Resolución de 16 de diciembre de 1999⁶¹.

En marzo de 2000 la Comisión presentó la "Propuesta modificada de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las transacciones comerciales"⁶².

La nueva propuesta modificada de la Comisión hizo patente la falta de acuerdo entre las instituciones europeas. Por un lado tanto el Parlamento como la Comisión eran firmes partidarios de que el plazo de referencia para la mora fuera de 21 días en lugar de los 30 que propugnaba el Consejo; de que el tipo de interés de demora fuera la suma del tipo aplicado por el Banco Central Europeo a su principal y más reciente operación de refinanciación más 8 puntos porcentuales en lugar de los 6 que pretendía el Consejo; de que, además de los intereses de demora, los acreedores recibieran una indemnización por todos los gastos originados en la gestión de cobro de deudas; del reforzamiento de la cláusula de prevención del abuso indicando claramente cuándo se producía una situación injusta para el proveedor y los criterios para considerar que existía una situación abusiva por parte del comprador; de la inclusión de la reserva de dominio en el texto de la Directiva; de una mayor transparencia en los contratos públicos y de establecer una regulación específica de los contratos públicos, con plazos más reducidos para los pagos de

⁶¹ COM (2000) 133 final, de 8.03.2000. La Comisión aceptó la mayor parte de las enmiendas aprobadas por el Parlamento en segunda lectura, en particular las referentes al aumento en dos puntos porcentuales del tipo de interés, a la indemnización por los costes del cobro de deudas, al refuerzo de la cláusula de prevención del abuso y a la reintroducción de un conjunto de normas en toda la Comunidad sobre el reconocimiento de la reserva de dominio. Solo dos enmiendas no eran aceptables para la Comisión: un nuevo considerando relativo a los alimentos perecederos y una enmienda para reducir la duración de los procedimientos de cobro de 90 a 60 días. El Dictamen de la Comisión contenía una Exposición de Motivos sobre las enmiendas propuestas por el Parlamento y adjuntaba una nueva Propuesta modificada que incorporaba las 23 enmiendas presentadas por el Parlamento en segunda lectura que la Comisión había aceptado total o parcialmente

⁶² COM (2000) 133 final 1998/0099 (COD), 8.03.2000.

contratos cuyo importe no superase los 100.000 euros, y una normativa para los pagos a los subcontratistas.

Por otro lado, existía un punto en el que el Parlamento y la Comisión discrepaban: el plazo máximo para que un acreedor pudiera obtener un título ejecutivo en los procedimientos abreviados de cobro de deudas no litigiosas; el Parlamento no quería que superara los 60 días, mientras la Comisión aceptó el plazo propuesto por el Consejo, de 90 días.

La falta de acuerdo entre las instituciones europeas hizo que la cuestión pasara el 9 de marzo de 2000 al Comité de Conciliación, procedimiento previsto por el artículo 294.8 b) del TFUE⁶³. Las negociaciones permitieron superar los cuatro puntos más controvertidos y que habían enfrentado al Consejo, el Parlamento y la Comisión y alcanzar un principio de acuerdo político sobre el texto de la Directiva contra la morosidad. El gran logro del Comité de Conciliación fue que el Consejo y el Parlamento alcanzaran un consenso que desbloqueó la Directiva, consenso que se refirió a las siguientes materias:

- El plazo de referencia para la entrada en mora sería de 30 días.
- El tipo de interés de demora sería la suma del tipo aplicado por el Banco Central Europeo a su principal y más reciente operación de refinanciación más 7 puntos porcentuales.

⁶³ El Comité de Conciliación, conforme al artículo 294.10 TFUE, está compuesto por miembros del Consejo o de sus representantes y por el mismo número de representantes del Parlamento y tiene por misión alcanzar, en el plazo de seis semanas a partir de su convocatoria, un acuerdo por mayoría cualificada de los miembros del Consejo o sus representantes y por mayoría de los miembros que representen al Parlamento Europeo, sobre un texto conjunto basado en las posiciones del Parlamento Europeo y del Consejo en segunda lectura. La Comisión participa en los trabajos del Comité de Conciliación y toma todas las iniciativas necesarias para propiciar un acercamiento entre las posiciones del Parlamento Europeo y del Consejo. Sobre el Comité de Conciliación v. KÖNIG, TH., "Bicameral conflict resolution in the European Union: an empirical analysis of conciliation committee bargain", *British Journal of Political Science* 2007, v. 37, n. 2, April, p. [281]-312, RASMUSSEN, A., "EU conciliation delegates: responsible or runaway agents?" *West European Politics* 2005, v. 28, n. 5, November, p. [1015]-1034

- Además de los intereses de demora, los acreedores recibirían una indemnización razonable por los gastos de cobro en que hubieran incurrido.
- El reforzamiento de la cláusula de prevención del abuso indicando que para determinar la situación injusta se aplicarían criterios tales como los usos habituales del comercio o la naturaleza del producto.
- La inclusión de la reserva de dominio en el texto de la Directiva.
- Considerar en situación de igualdad al sector público y al sector privado en la aplicación de la Directiva.
- El plazo máximo para que un acreedor pudiera obtener un título ejecutivo en los procedimientos abreviados de cobro de deudas no impugnadas se fijaba en 90 días naturales.

Quedaron fuera del acuerdo alcanzado en el Comité de Conciliación y, por consiguiente, de la Directiva el requerimiento de una mayor transparencia en los contratos públicos y una regulación específica de los mismos, con plazos más reducidos para los pagos de contratos que no superasen los 100.000 euros y una normativa para los pagos de los subcontratistas. No obstante, estas cuestiones eran tratadas por su normativa específica: hay que recordar que paralelamente al proceso de elaboración de la Directiva sobre morosidad se llevó a cabo el proceso de elaboración de las Directivas sobre contratación pública (Directiva 2004/18/CE del Parlamento europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004 sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios y Directiva 2004/17/CE del Parlamento europeo y del Consejo de 31 de marzo de 2004 sobre la coordinación de los procedimientos de adjudicación de contratos en los sectores del agua,

de la energía, de los transportes y de los servicios postales⁶⁴), que velaban por garantizar la transparencia en los procedimientos de contratación pública.

3. La Directiva 2000/35/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de junio de 2000 por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales

El 4 de mayo de 2000 se aprobó definitivamente el texto conjunto propuesto por el Comité de Conciliación de la Unión Europea que permitiría la aprobación de la Directiva contra la morosidad⁶⁵. El 18 de mayo de 2000 el Consejo de la Unión Europea aprobó la Directiva por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales⁶⁶. Y finalmente el 15 de junio de 2000, en tercera lectura, el Parlamento Europeo aprobó el texto común propuesto por el Comité de Conciliación y encargó formalmente a su presidenta, Nicole Fontaine, que firmase conjuntamente con el Presidente del Consejo el acto legislativo. La Directiva 2000/35/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de junio, por la que se establecen medidas de lucha⁶⁷ contra la morosidad en las operaciones comerciales, se publicó, finalmente, el día 8 de agosto de 2000⁶⁸.

⁶⁴ Resultado de un largo proceso iniciado en 1971 con la adopción de la Directiva 71/305/CEE, del Consejo, de 26 de julio, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras

⁶⁵ La nota de prensa sobre el acuerdo del Comité de Conciliación que da noticia de este hecho se puede consultar en la página web del Consejo de la Unión Europea: <http://www.consilium.europa.eu/App/Search/SearchNews.aspx?command=d&id=650&lang=EN&doclang=EN&dockey=61407> Comunicado de prensa, de 5 de mayo de 2000, n° 8203/00 (Presse 140-G)).

⁶⁶ De nuevo se da noticia en un comunicado de prensa de la Sesión n° 2262 del Consejo, 8572/00 (Presse 157), que se puede consultar en la siguiente página web: <http://www.consilium.europa.eu/App/Search/SearchNews.aspx?command=d&id=650&lang=EN&doclang=EN&dockey=61957>

⁶⁷ La utilización de la palabra lucha tanto por la Directiva como por la Ley española de transposición ha llevado a calificar a ambas normas de "bélicas", (SORIANO GARCÍA, J.E., *Lucha contra la morosidad...* cit, p. 21). Como indica este autor, el Consejo de Estado califica expresamente de *beligerante* esta norma en el Dictamen al Anteproyecto de Ley de medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales, de 21 de marzo de 2003, donde, en su apartado IV (consideraciones generales), declara que la Directiva objeto de

El objetivo general de la Directiva es la lucha contra la morosidad en el mercado interior europeo. Con esta finalidad, se incluye en ella un conjunto de medidas encaminadas a impedir que los plazos de pago excesivamente dilatados sean utilizados para proporcionar al deudor una liquidez adicional a expensas del acreedor y a garantizar que las consecuencias de la morosidad sean disuasorias y eviten que este incumplimiento de contrato sea económicamente provechoso para los deudores, como declara en su considerando 16. Pero entiende que esa lucha no puede llevarse a cabo si cada Estado miembro actúa por su cuenta y por consiguiente puede lograrse mejor a nivel comunitario. No obstante, la Directiva matiza (en su considerando 12) que no excede de lo necesario para alcanzar ese objetivo y por lo tanto cumple con los requisitos de subsidiariedad y proporcionalidad establecidos en el artículo 5 del Tratado.

En este sentido, el TJUE ha declarado que la Directiva no armoniza totalmente las normas sobre morosidad en las operaciones comerciales. Y lo ha hecho en el asunto *Caffaro Srl v. Azienda Unità Sanitaria Locale RM/C*⁶⁹, en una petición de decisión prejudicial por el *Tribunale ordinario di Roma*. En este asunto, el abogado general, en sus conclusiones⁷⁰, al tratar sobre la delimitación de competencias entre la Comunidad y los

transposición muestra, desde su mismo título, un sentido beligerante que refleja la medida en que la actuación comunitaria no se limita, en este caso, a buscar una armonización entre legislaciones. Este dictamen se ha obtenido a través de la página web del Consejo de Estado: http://www.boe.es/aeboe/consultas/bases_datos_ce/doc.php?coleccion=ce&id=2003-1021

⁶⁸ DOCE L 200, 8 de agosto 2000, pp. 35-38. La doctrina española se ha ocupado del estudio de esta Directiva, v., entre otros DÍEZ-PICAZO GIMENEZ, G., "La Directiva 2000/35/CE sobre la mora debendi en las obligaciones comerciales. Un eficaz intento para luchar contra la morosidad", VVAA, *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Luis Díez-Picazo*, t.II, Civitas, Madrid, 2003, pp. 1731-1747, LARA GONZÁLEZ, R., "El mercado interior de la Unión Europea y la morosidad en las operaciones comerciales (Notas a la Directiva 2000/35/CE)", *Unión Europea Aranzadi*, vol. 27, nº 11, 2000, pp. 31 a 35, RIVERA FERNÁNDEZ, M., "Directiva 2000/35/CE..." cit. p. 519 a 525, RUBIO TORRANO, E., "La morosidad en las operaciones comerciales: nueva Directiva comunitaria", *Aranzadi Civil*, Tribuna, nº 13, 2000, pp. 2232 y ss, SALAZAR ROMERO, J.A., "La lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales: Comentario a la Directiva 2000/35", *Revista General de Derecho Europeo* (Digital), 4, 2004, SORIANO GARCÍA, J.E., *Lucha contra la morosidad...* cit.

⁶⁹ Sentencia de 11 de septiembre de 2008 *Caffaro SRL v. Azienda Unità Sanitaria Locale RM/C* (DOUE de 8 de noviembre de 2008, C 285/9)

⁷⁰ V. párrafo 28 de las Conclusiones presentadas el 24 de abril de 2008: <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=72077&pageIndex=0&doclang=ES&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=4274601>

Estados miembros en el ámbito de la Directiva 2000/35 señala que la Directiva 2000/35 no lleva a cabo una armonización de todas las normas relativas a la morosidad en las operaciones comerciales, ya que regula tan sólo determinadas normas concretas encaminadas a luchar contra tales morosidades, a saber, los intereses de demora (artículo 3), la reserva de dominio (artículo 4) y los procedimientos de cobro de créditos no impugnados (artículo 5). La Directiva constituye, por tanto, una armonización mínima en materia de lucha contra la morosidad y, por consiguiente, varias de sus disposiciones se remiten a la aplicación de las normas nacionales.

Por lo que respecta a su contenido, la Directiva 2000/35/CE consta de un Preámbulo y un articulado con 8 artículos. En el Preámbulo se describen los antecedentes de su adopción⁷¹. Asimismo, se lleva a cabo una justificación o motivación de la Directiva a través de la descripción de las razones que condujeron a su adopción. De todos estos aspectos nos hemos ocupado en los epígrafes anteriores.

Debemos recordar que, como resulta del artículo 6.2, la Directiva es de mínimos, ya que permite a los Estados miembros mantener o establecer disposiciones que sean más favorables para el acreedor que las necesarias para cumplir la misma.

Las cuestiones que consideramos más destacables en cuanto a su articulado y en las que profundizaremos posteriormente a la hora de analizar la transposición de esta norma al Derecho español son las siguientes:

a) **Ámbito de aplicación y exclusiones:** En primer lugar, en cuanto a su ámbito de aplicación objetivo, hay que indicar que la Directiva se

⁷¹ De esta cuestión se ocupa SALAZAR ROMERO, J.A., "La lucha contra la morosidad...", cit. p. 3 y ss..

aplica a los pagos efectuados como contraprestación de operaciones⁷² comerciales (artículo 1), entendiéndose por tales, conforme se definen en el artículo 2, las realizadas entre empresas o entre empresas y poderes públicos que den lugar a la entrega de bienes o a la prestación de servicios a cambio de una contraprestación; por ello la expresión “operación comercial” incluirá los contratos⁷³ a título oneroso ya que es en ellos en los que se efectúan pagos en contraprestación a la entrega de un bien o la prestación de un servicio⁷⁴. Por lo que se refiere al ámbito subjetivo se aplicará a las empresas (incluyendo dentro de ellas a los profesionales liberales y autónomos) y a los poderes públicos. No se aplica, por lo tanto, a las operaciones realizadas con y entre consumidores⁷⁵ y permite su inaplicación, siempre que los Estados miembros así lo decidan al realizar su transposición, a las deudas sometidas a procedimientos de insolvencia incoados contra el deudor⁷⁶, a los contratos celebrados antes del 8 de agosto de 2002 y a las reclamaciones de intereses de menos de 5 euros (artículo 6.3). Esta última exclusión se introdujo en la fase final de elaboración de la Directiva, en el texto propuesto por el Comité de Conciliación y nos parece un desacierto dado que la cifra de cinco euros en ella expresada, la consideramos un tanto arbitraria, se trata de una cantidad prácticamente insignificante y si se trataba

⁷² La redacción definitiva proviene de la Posición común, en la propuesta de la Comisión se hablaba de transacciones comerciales, finalmente se sustituyó la palabra “transacción” por “operación”.

⁷³ Como indica VICIANO PASTOR, J., “La regulación de los aplazamientos de pago en Europa: la Directiva 2000/35/CE, por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales”, (capítulo 4 del *Tratado sobre la morosidad*, dir. Palau Ramírez, F., y Viciano Pastor, J., Aranzadi, Navarra, 2012, p. 192), no debe haber duda de que la expresión operaciones comerciales se está refiriendo al contrato porque además el propio texto de la Directiva utiliza en diversos preceptos esa expresión.

⁷⁴ El TJUE en la S de 25 de febrero de 2010, Caso Pontina Ambiente SRL contra Regione Lazio, asunto C-172/08 (RJ 2010/37), consideró incluidos dentro del ámbito de aplicación de la Directiva los pagos efectuados por una colectividad pública como contraprestación del servicio prestado por una entidad explotadora de un vertedero por la eliminación de los residuos depositados.

⁷⁵ Aunque no las excluye en su articulado así lo declara en su considerando 13: “Conviene limitar el alcance de la presente Directiva a los pagos efectuados como contraprestación en operaciones comerciales y no regular las operaciones en las que intervienen consumidores...”

⁷⁶ Exclusión que proviene asimismo de la Posición común, que permitió también que se excluyera su aplicación a los contratos celebrados antes del 8 de agosto de 2002, fecha límite para la transposición.

de evitar litigios por pequeñas cantidades en concepto de intereses, no entendemos por qué razón no se fijó una cantidad más elevada.

b) Devengo y exigibilidad del interés de demora: En segundo lugar, y por lo que respecta a los intereses de demora que se producen como consecuencia del retraso en el pago, creemos de interés destacar tres cuestiones. La primera es la referente a su devengo automático sin necesidad de aviso de vencimiento ni de intimación alguna por parte del acreedor [artículo 3.1 b)], evitando así los costes y dificultades que implica la comunicación con el deudor⁷⁷. Para ello únicamente será necesario que el acreedor haya cumplido sus obligaciones contractuales y legales y que no haya recibido tempestivamente la cantidad debida⁷⁸, a menos que el deudor pueda probar que no es responsable del retraso (artículo 3.1 c). Desde la propuesta originaria de la Comisión esta cuestión ha sido pacífica: no ha habido ninguna duda sobre la necesidad de que la Directiva reconociera expresamente el carácter automático de la mora.

La segunda cuestión tiene que ver con el plazo de pago de esos intereses que, si no se hubiese fijado otra cosa en el contrato

⁷⁷ Como indica SORIANO GARCÍA, J.E., *Lucha contra la morosidad...* cit. p. 97 "... no hace falta ninguna clase de intimación por parte del acreedor. La norma evita aquí el costo de transacción que supone siempre la dificultad del recordatorio, del aviso, en fin, de comunicación con el deudor poderoso. Tales costos erigirían barreras bastante difíciles de superar a las ya de por sí complicadas relaciones con los deudores"

⁷⁸ La exigencia de esta segunda condición ha sido plasmada en la Sentencia del Tribunal de Justicia (sala primera) de 3 de abril de 2008, Asunto C.306/06, Deutsche Telekom AG v 01051 Telecom GMBH, publicada en el DOUE el 24 de mayo de 2008, C 128/7. El asunto se refería a una petición de decisión prejudicial por parte del *Obertandesgericht Köln* (Tribunal de Primera Instancia de Colonia) relativa a la interpretación que debe hacerse del artículo 3.1 c) ii) de la Directiva. La norma alemana sobre cuya validez a la luz de la Directiva se solicita interpretación es el artículo 286, apartado 3, párrafo primero del BGB, que establece que el deudor se demora en el desembolso de un pago cuando no "liquida" en el plazo de 30 días tras el vencimiento y la recepción de la factura o un documento de pago equivalente. En el caso que nos ocupa todo indica que la parte demandada ya realizó las prestaciones de pago correspondientes al emitir a tiempo las órdenes de transferencia (ejecutadas y por lo tanto aceptadas por su banco). Sobre esta base, el *Oberlandesgericht Köln* plantea la pregunta de si esta normativa nacional es compatible con el artículo 3.1 c) ii) de la Directiva. En su fallo el TJCE declaró que este precepto debía interpretarse en el sentido de que exige, a fin de que un pago mediante transferencia bancaria evite o cancele el devengo de intereses de demora, que la cantidad adeudada se consigne en la cuenta del deudor en la fecha de expiración del plazo convenido.

(principio de libertad de pacto con los límites derivados del control de abusividad previsto en el art. 3.3 al que más adelante nos referiremos), será de 30 días que se contarán de acuerdo con los criterios que se establecen en el indicado artículo 3.1 b)⁷⁹. Nos parece interesante recordar aquí que, como hemos señalado al ocuparnos del proceso de elaboración de la Directiva, la Comisión y el Parlamento proponían que este plazo fuera más corto, de 21 días, mientras que el Consejo era favorable a los 30 que finalmente fueron los establecidos en el texto definitivo. No obstante, la Directiva permite a los Estados miembros el establecimiento de un plazo de exigibilidad del pago de los intereses con un máximo de 60 días en algunos tipos de contratos que deberá definir la legislación nacional (artículo 3.2). Esta posibilidad, proveniente de la redacción dada al precepto por la Posición común del Consejo, debilita el alcance de la Directiva ya que su objetivo general, la lucha contra la morosidad de forma conjunta entre todos los Estados miembros y no mediante la actuación de cada uno por su cuenta a que hace referencia en su considerando 12 al que antes hemos aludido, se dificulta de manera evidente.

La tercera y última cuestión, es la relativa al tipo de interés de demora que deberá pagar el deudor que, salvo que se especifique otra cosa en el contrato, será la suma del tipo de interés aplicado por el Banco Central Europeo a su más reciente operación principal de financiación efectuada antes del primer día natural del semestre de que se trate (tipo de referencia) más, como mínimo⁸⁰, 7 puntos

⁷⁹ Artículo 3.1 b i) 30 días después de la fecha en que el deudor haya recibido la factura o una solicitud de pago equivalente, o ii) si la fecha de recibo de la factura o de la solicitud de pago se presta a duda, 30 días después de la fecha de recepción de las mercancías o prestación de los servicios, o iii) si el deudor recibe la factura o la solicitud de pago equivalente antes que los bienes o servicios, 30 días después de la entrega de los bienes o de la prestación de los servicios, o iv) si legalmente o en el contrato se ha dispuesto un procedimiento de aceptación o de comprobación mediante el cual deba verificarse la conformidad de los bienes o los servicios con lo dispuesto en el contrato y si el deudor recibe la factura o la solicitud de pago equivalente antes o en la fecha en que tiene lugar dicha aceptación o verificación, 30 días después de esta última fecha.

⁸⁰ Ello ha dado lugar a que en las normativas de transposición de algunos Estados miembros se haya señalado un interés superior, por ejemplo las normativas sueca (*Interest Law* 1975:635, sections 4-6, section 9), británica (*Late Payment of Commercial Debts (Rate of Interest)* (no 3) Order 2002 (SI 2002 No 1675 - 07.08.2002) y austriaca (*Zinsenrechts-*

porcentuales. Esta cifra fue fijada, recordemos lo indicado anteriormente, por el Comité de Conciliación para la definitiva redacción de la Directiva dado que mientras la Comisión y el Parlamento proponían 8 puntos, el Consejo era partidario de 6 (artículo 3.1 d)⁸¹.

c) Indemnización por los perjuicios causados: la Directiva reconoce, (en el artículo 3.1 e), el derecho del acreedor a reclamar al deudor, salvo que éste no sea responsable del retraso⁸², además de los intereses de demora a los que se acaba de hacer referencia en el apartado b, una compensación razonable por todos los costes de cobro que haya sufrido a causa de la morosidad; costes que deberán respetar los principios de transparencia y proporcionalidad respecto a la deuda de que se trate. Según declara el considerando 17 esta compensación razonable será compatible con la indemnización por daños y perjuicios causados por la morosidad del deudor que al acreedor pueden reconocer los jueces nacionales. Se recuerda asimismo en este considerando que estos costes en que se haya incurrido pueden estar ya compensados por los intereses de demora.

El TJCE se pronunció acerca de esta cuestión en una sentencia dictada en el año 2005⁸³ que tuvo lugar como decisión prejudicial en el marco del examen, por el Juzgado de Primera Instancia nº 35 de Barcelona, de una petición inicial de juicio monitorio presentada por la sociedad QDQ Media, S.A. en relación con un caso de impago. El asunto se refería a los gastos de cobro, en concreto a las costas de abogado y procurador en un procedimiento judicial en el que la

Änderungsgesetz BGBl I Nr 118/2002) establecen que este tipo de interés se aumentará en 8 puntos porcentuales

⁸¹ Como indica SORIANO GARCÍA, J.E., *Lucha contra la morosidad...* cit. p. 98, el tipo de interés fijado en este artículo 3 de la Directiva tiene un fuerte componente sancionador y ejemplificador, en línea directa con el carácter prohibitivo y disuasorio del texto

⁸² Aunque volveremos sobre esta cuestión en el correspondiente epígrafe al analizar la transposición de la Directiva al Derecho español, conviene indicar que las causas que exoneran de responsabilidad al deudor son la fuerza mayor y el caso fortuito

⁸³ Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Sexta) de 10 de marzo de 2005. QDQ Media SA contra Alejandro Omedas Lecha, Asunto C-235/03, publicado en el DOUE el 14 de mayo de 2005 (C 115/4)

intervención de estos profesionales no era preceptiva conforme a la legislación española ya que se trataba de un procedimiento monitorio. La sentencia del TJCE declaró la imposibilidad de invocar la Directiva frente a un particular, rechazando en este punto el efecto directo de la norma. En ella se indicaba que, puesto que sobre la base del Derecho nacional⁸⁴ no es posible incluir en el cálculo de las costas a las que podría ser condenado un particular obligado al pago de una deuda profesional los gastos derivados de la intervención de un abogado o un procurador (en la defensa o representación del acreedor en un proceso judicial de reclamación de dicha deuda), la Directiva 2000/35/CE no puede servir por sí sola de fundamento a tal posibilidad.

La indemnización por los costes de cobro no ha sido una cuestión pacífica a la hora de su reflejo en la Directiva, como hemos visto en el proceso de su elaboración. Baste recordar la enmienda 14 del Parlamento en la que se proponía una redacción más clara y detallada de las cantidades en que consistiría esa indemnización, enmienda que no prosperó. Por ello, consideramos un acierto la modificación que se ha realizado en este punto por la Directiva 2011/7/UE (de cuyo estudio nos ocuparemos en un epígrafe posterior) intentando clarificar esta cuestión.

d) Cláusulas abusivas respecto a la morosidad: para evitar que la libertad de contratación respecto de la fecha de pago o las consecuencias de la demora perjudiquen al acreedor, la Directiva establece determinadas previsiones respecto a las cláusulas manifiestamente abusivas. Por una parte, el artículo 3.3 declara que los Estados miembros dispondrán que cualquier acuerdo que no sea

⁸⁴ En este caso sobre la base del artículo 32.5 LEC que declara que: "cuando la intervención de abogado y procurador no sea preceptiva, de la eventual condena en costas de la parte contraria a la que se hubiese servido de dichos profesionales se excluirán los derechos y honorarios devengados por los mismos, salvo que el tribunal aprecie temeridad en la conducta del condenado en costas o que el domicilio de la parte representada esté en lugar distinto a aquel en que se ha tramitado el juicio, operando en este último caso las limitaciones a que se refiere el apartado 3 del artículo 394 de esta Ley"

conforme con lo dispuesto en los apartados anteriores del mismo precepto no sea aplicable o no de lugar al derecho a reclamar por daños, si es manifiestamente abusivo para el acreedor (consideradas todas las circunstancias del caso, entre ellas los usos habituales del comercio y la naturaleza del producto)⁸⁵. Por otra, La Directiva en el apartado 4 del artículo 3 exige que los Estados miembros adopten medidas para evitar que esas cláusulas manifiestamente abusivas se sigan aplicando. Por último, y redundando en esta idea, el artículo 3.5 se refiere al ejercicio de las acciones pertinentes ante los tribunales o ante los órganos administrativos competentes por parte de los representantes de las pequeñas y medianas empresas y asociaciones contra dichas cláusulas manifiestamente abusivas⁸⁶. De esta importante cuestión nos ocupamos en el capítulo IV.

e) El privilegio del vendedor: En quinto lugar, la Directiva reconoce la posibilidad de que se pacte una reserva de dominio entre el comprador y vendedor (artículo 4), lo cual permitirá a éste último conservar la propiedad de los bienes hasta el pago total del precio⁸⁷.

⁸⁵ En cuanto a lo que se debe considerar abuso, el precepto declara que para determinar si un acuerdo es manifiestamente abusivo para el acreedor se tendrá en cuenta, entre otros factores, si el deudor tiene alguna razón objetiva para apartarse de lo dispuesto en las letras b y d del apartado 1 y en el apartado 2 del artículo 3. Sobre esta cuestión tengase en cuenta la existencia de la Directiva 93/13/CEE sobre cláusulas abusivas en contratos celebrados con consumidores que no incide en este punto en la Directiva de morosidad puesto que el ámbito subjetivo de ambas normas no es coincidente; en el primer caso son los consumidores los merecedores de especial protección ex Directiva 93/13/CEE, mientras que en el segundo caso, la Directiva de morosidad se aplica a la contratación o demora de pagos entre empresarios o entre la Administración y los empresarios. Sin perjuicio de que en Derecho español, esta cuestión está resuelta en la Ley de condiciones generales de los contratos al establecer el concepto de parte débil y no la condición de consumidor o empresario para su aplicación.

⁸⁶ Aunque, como señala SALAZAR ROMERO, J.A., "La lucha contra la morosidad..." cit. p. 8 "...A nadie se le escapa que ningún proveedor mínimamente interesado en la continuidad de sus contratos va a demandar a un deudor del que pueda depender económicamente y al que podría verse obligado a "consentir" plazos de pago anormalmente elevados. Si se garantiza además un cierto grado de confidencialidad en las posibles denuncias, numerosos comportamientos irregulares de las grandes compañías o de los poderes públicos respecto de las pequeñas y medianas empresas podían tener las horas contadas". Se refiere también a este temor a la hora de denunciar estos abusos y al miedo a las represalias SORIANO GARCÍA, J.E., *Lucha contra la morosidad...* cit. p. 112 y ss. Este autor hace una muy interesante reflexión, que compartimos, augurando la inaplicación de la Directiva en este aspecto de gran trascendencia en la práctica.

⁸⁷ Ya que la transmisión de la propiedad del bien entregado se supedita al pago del precio, v. DE VERDA Y BEAMONTE, J.R., "El pacto de reserva de dominio en el artículo 4.1 de la

Esta medida se toma para fortalecer la posición del acreedor frente al deudor moroso, garantizando que los acreedores puedan hacer uso de la cláusula de reserva de dominio con carácter no discriminatorio en toda la Unión Europea, si dicha cláusula es válida con arreglo a las disposiciones nacionales aplicables⁸⁸. En esta línea interpreta el precepto la S TJCE⁸⁹, que tuvo como origen un procedimiento de infracción que la Comisión Europea había iniciado contra Italia sobre la base de lo que consideraba como “demandas desproporcionadas” en la legislación italiana. La Comisión entendía concretamente que la exigencia de que cada factura, de manera individual, conllevara la confirmación de la cláusula de reserva de dominio, lo que exige en principio la intervención de un fedatario público, si bien se admiten otros medios de prueba, a la hora hacer valer el acreedor sus derechos en materia de reserva de dominio sobre los bienes a los que hace referencia el artículo 4.1 de la Directiva, era una exigencia desproporcionada. El Tribunal desestimó el recurso y condenó en costas a la Comisión y lo hizo considerando que, habida cuenta del tenor literal del artículo 4, apartado 1, de la Directiva 2000/35 y de la finalidad de la misma, no cabía deducir que la normativa italiana pretendiera afectar a unas normas distintas de las que prevén expresamente, por un lado, la posibilidad de que el vendedor y el comprador pacten expresamente una cláusula de reserva de dominio antes de la entrega de los bienes y, por otro lado, la posibilidad de que el vendedor conserve la propiedad de los bienes hasta el pago total del precio. Y argumentaba que las normas que se cuestionaban en ese asunto, que se referían a la oponibilidad de las cláusulas de

Directiva 2000/35/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 29 de junio e 2000 (A propósito de la STJCE de 26 de octubre de 2006)”, *Noticias de la Unión Europea*, 290, marzo 2009, p.3

⁸⁸ En opinión de SORIANO GARCÍA, J.E. *Lucha contra la morosidad...* cit. p. 116 la única forma de considerar eficaz este precepto, dado que este pacto de reserva de dominio, aunque no lo dijera el artículo 4, se podría efectuar al amparo de las reglas generales sobre obligaciones y contratos de cada Estado miembro, es entender que ha quedado “a medio camino” entre una obligación y una recomendación.

⁸⁹ Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Segunda) de 26 de octubre de 2006. Comisión contra la República italiana, Asunto C-302/05, publicado en el DOUE el 30 de diciembre de 2006 (C 326/16)

reserva de dominio a terceros, cuyos derechos no se veían afectados por la Directiva 2000/35, continuaban estando reguladas exclusivamente por los ordenamientos jurídicos internos de los Estados miembros.

Como hemos indicado al hilo del proceso de elaboración de la Directiva, el reconocimiento de la reserva de dominio ha sido un tema discutido ya que el Consejo pretendía excluirlo de la misma. Finalmente y como también tendremos ocasión de aludir a ello en el capítulo III al analizar el contenido de la ley española, el precepto resultante del acuerdo en el Comité de Conciliación y por lo tanto en la Directiva definitiva no es acertado, al quedar su eficacia práctica muy limitada.

f) Ejecutividad y cobro de la deuda: dado que en su Preámbulo había declarado que las consecuencias de la morosidad sólo pueden ser disuasorias si van acompañadas de procedimientos de reclamación rápidos y eficaces (considerando 20), la Directiva se refiere a los procedimientos de cobro de créditos no impugnados en su artículo 5 e impone a los Estados miembros el deber de velar porque se pueda obtener un título ejecutivo (al que define en el artículo 2), independientemente del importe de la deuda, normalmente en un plazo de 90 días naturales a partir de la presentación de la demanda siempre que no haya habido impugnación de la deuda⁹⁰. El TJUE se ha pronunciado sobre la interpretación del artículo 5 de la Directiva en la ya citada S dictada en 2008 en el asunto *Caffaro Srl v. Azienda Unità Sanitaria Locale RM/C*⁹¹, en una petición de decisión prejudicial por el *Tribunale*

⁹⁰ Aunque, como indica GARCÍA MANDALONIZ, M., "La lucha contra la morosidad..." cit., p. 13 hubiera sido más adecuado que el plazo de 90 días el de 60 días de la propuesta modificada de Directiva para establecer, como proclama el considerando 20, procedimientos de reclamación rápidos y eficaces para el acreedor; también hubieran contribuido a lograr esa finalidad los procedimientos jurídicos simplificados y de bajo coste (para deudas inferiores a 20.000 euros) contenidos en el artículo 6 de la indicada propuesta modificada

⁹¹ Sentencia de 11 de septiembre de 2008 *Caffaro SRL v. Azienda Unità Sanitaria Locale RM/C* (DOUE de 8 de noviembre de 2008, C 285/9)

ordinario di Roma. En opinión del TJUE, no se opone a la Directiva 2000/35/CE una disposición nacional (como el artículo 14 del Decreto-ley nº 669/1996, de 31 de diciembre de 1996⁹²) en virtud de la cual un acreedor, provisto de un título ejecutivo relativo a un pago no impugnado adeudado por una Administración pública como contraprestación de una operación comercial, no pueda proceder a la ejecución forzosa antes de que transcurra un plazo de 120 días desde la notificación del título ejecutivo a dicha Administración. La razón, según el TJUE, es que la Directiva, a propósito de los créditos no impugnados, armoniza tan sólo el plazo para la obtención del título ejecutivo (noventa días naturales) pero no incide en los procedimientos de ejecución forzosa, que siguen estando sujetos al Derecho nacional de los Estados miembros. En este contexto, la disposición controvertida no afecta a aquel plazo sino que, por el contrario, presupone la obtención del título ejecutivo, limitándose a regular una cuestión de procedimiento ejecutivo.

g) Transposición de su contenido: la Directiva fija como fecha límite para la transposición de su contenido a la legislación de los Estados miembros el 8 de agosto de 2002 (artículo 6.1). Con el fin de valorar las repercusiones prácticas de esta normativa, y como viene siendo habitual en este tipo de normas, se encarga a la Comisión la evaluación, en un plazo de dos años desde esta fecha, entre otros aspectos, de la conveniencia del tipo legal, de los plazos contractuales de pago y de la morosidad, evaluación que se debe comunicar al Parlamento Europeo y al Consejo, acompañados, cuando se considere necesario, de propuestas destinadas a mejorar la Directiva (artículo 6.5). Como veremos en el epígrafe 6.2 de este capítulo la Comisión llevó a cabo esta evaluación en el año 2006⁹³.

⁹² Convalidado tras su modificación por la Ley nº 30 de 28 de febrero de 1997

⁹³ *Review of the effectiveness of the European legislation in combating late payments*, disponible en la página: http://ec.europa.eu/enterprise/policies/single-market-goods/files/late_payments/doc/finalreport_en.pdf

4. La modificación de la Directiva 2000/35/CE

4.1 Consideraciones previas: la situación de la morosidad en el ámbito europeo tras la entrada en vigor de la Directiva

Lamentamos afirmar que la entrada en vigor de la Directiva 2000/35/CEE no dio los frutos deseados. Prueba de ello son los datos que aportan algunas entidades privadas, como *Intrum Justitia*⁹⁴, que elabora un estudio semestral entre más de seis mil empresas en 28 países sobre la situación real de la morosidad en los países miembros. Este estudio muestra y compara las tendencias internacionales de comportamiento de pago y proporciona a las empresas una herramienta eficaz para la toma de decisiones que va más allá de su operativa de gestión específica. Los resultados de esta investigación se publican en el Estudio Europeo de Hábitos de Pago y en el Índice de Riesgo local (indicador que muestra la probabilidad de impago de cada país). En el año 1998 realizó el primer trabajo en colaboración con un grupo de trabajo de la Comisión Europea y desde entonces viene publicando informes sobre los hábitos de pago en los países de la Unión europea. Hasta el año 2007 estos informes se publicaron semestralmente, en 2007 y 2008 se publicaron anualmente y en el año 2008 se elaboró asimismo un informe técnico por sectores, el informe de 2009 fue también anual y el último ha sido el del año 2012. A lo largo de todos estos años se ha constatado en los indicados informes que la situación de la morosidad en los

⁹⁴ Intrum Justitia (<http://www.intrum.com/>) es una compañía de servicios de crédito, fundada en Suecia en 1923, que elabora periódicamente un indicador conocido como *European Payment Index* (EPI), que sirve de referencia para observar la evolución de los pagos en los países de la Unión Europea y puede encontrarse en la web: <http://www.europeanpayment.com>. Otras organizaciones como Dun & Bradstreet (<http://www.dnb.com>), Eurofactor (<http://www.eurofactor-es.com/home01.html>), Grant Thornton (<http://www.ahgt.es>) Atradius (<http://global.atradius.com>) o Coface (<http://www.cofaceiberica.com>) realizan sus propios estudios sobre índices de morosidad o periodos de pago en Europa que, a menudo, pueden consultarse en línea en Internet.

pagos en el ámbito europeo no ha mejorado. Así por ejemplo, tomando como referencia los índices de riesgo a los que nos acabamos de referir y que realizan un ranking de plazos medios de pago, los países del norte (Finlandia con plazos de unos 26 días, Noruega con alrededor de 28, Estonia 29 y Dinamarca alrededor de 34) han sido a lo largo de estos años, y continúan siendo, los mejores pagadores. Por el contrario, los países mediterráneos (Italia con plazos de 96 a 97 días, Portugal alrededor de 86 días y España, de alrededor de 81) continúan siendo los que tienen mayores plazos de pago⁹⁵. En estos informes se ha puesto también de relieve el fuerte impacto de la crisis económica en la morosidad, ya que se han incrementado los plazos de pago y los riesgos de impago.

4.2. Antecedentes de la reforma de la Directiva 2000/35/CE

El 8 de abril de 2009, la Comisión aprobó la *Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales*⁹⁶. La propuesta, según declara su Exposición de Motivos (después de constatar que hay sobradas pruebas de que, a pesar de la entrada en vigor de la Directiva 2000/35/CE, la morosidad en las operaciones comerciales sigue siendo un problema general en la Unión Europea) tiene por objeto el tratar de mejorar la tesorería de las empresas, aspecto especialmente importante en tiempos de crisis económica (ésta es precisamente una de las causas de la reforma, la escasa eficacia del régimen de la Directiva de 2000 y la crisis económica), pretende asimismo eliminar las barreras al comercio transfronterizo relacionadas con este problema, en aras de la consecución de un mercado interior europeo. Y trata de conseguir

⁹⁵ A la vista de las tablas que publica el EPI en 2012 (disponible en http://intrumjustitia-mpr.creo.tv/120507/liquidity_squeeze_as_business_debt_write-offs_escalate_main) España ocupa actualmente el primer lugar en el ranking de los países con mayores plazos de pago (97), por encima de Italia (96), Portugal (90), Chipre (90) y Grecia (80)

⁹⁶ COM (2009)126 final (http://ec.europa.eu/enterprise/regulation/late_payments)

estos objetivos, en primer lugar, mediante la concesión a los acreedores de instrumentos que les permitan ejercer plena y eficazmente sus derechos cuando cobren con retraso (lo que supone reconocer el fracaso del texto anterior) y, en segundo lugar, mediante la imposición a los Estados miembros de la adopción de medidas que disuadan eficazmente a los poderes públicos de demorar sus pagos⁹⁷.

Esta propuesta de Directiva forma parte de la Agenda de Lisboa para el crecimiento y el empleo⁹⁸ y aplica la *Small Business Act*⁹⁹ que subrayó la importancia clave de las PYME para la competitividad de la economía y para la prosperidad futura de la Unión Europea y puso de manifiesto una vez más que, al margen de la necesidad de aprovechar mejor las oportunidades que ofrece el mercado único, el acceso eficaz a la financiación es uno de los principales retos de estas empresas. Conforme a los datos aportados por el Observatorio de las PYME de la UE de 2007¹⁰⁰, a modo de ejemplo, la Comisión señalaba que el acceso a la financiación constituía un problema para alrededor del 21% de las PYME. La *Small Business Act* recogió diez principios que debían guiar la formulación y ejecución de las políticas de la UE y los Estados miembros para crear condiciones de competencia equitativas para las PYME y mejorar el marco jurídico y administrativo

⁹⁷ En la línea que ha seguido, por ejemplo, en España el TSJA al requerir al ayuntamiento de un pueblo de Sevilla, Castilleja de Guzmán, para que en el plazo máximo de un mes abone a una constructora una deuda por trabajos de edificación, deuda que se remonta al año 1998. En este auto se advierte expresamente de que el incumplimiento de las obligaciones estipuladas podría derivar en la imposición de multas coercitivas sobre los patrimonios del alcalde y del secretario general del ayuntamiento. [Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Sevilla (Sala de lo contencioso-administrativo) Auto de 13 de julio de 2010 JUR/2010/284851]

⁹⁸ Denominada también Estrategia de Lisboa o “Proceso de Lisboa”, se trata de un plan de desarrollo de la Unión Europea aprobado por el Consejo Europeo en Lisboa el 23 y 24 de marzo de 2000

http://europa.eu/legislation_summaries/education_training_youth/general_framework/c1024_1_es.htm. Desde el año 2005, la Estrategia de Lisboa ha hecho especial hincapié en las necesidades de las PYMES, por medio de la “Implementación del programa comunitario de Lisboa- Una política moderna de la PYME para el crecimiento y el empleo” COM (2005) 551 final de 10.11.2005

⁹⁹ COM (2008) 394. El 25 de junio de 2008, se publicó la Comunicación de la Comisión europea al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social y al Comité de las Regiones “Pensar primero a pequeña escala”, “Small business act” para Europa: iniciativa a favor de las pequeñas empresas.

¹⁰⁰ <http://ec.europa.eu/enterprise/policies/industrial-competitiveness/>

en la UE. Pues bien: el sexto de estos principios consiste en facilitar el acceso de la PYME a la financiación y desarrollar un marco jurídico y empresarial que propicie la puntualidad de los pagos en las transacciones comerciales

La propuesta de Directiva de 2009 también tiene en cuenta el contenido de la *Comunicación de la Comisión sobre el Plan Europeo para la Recuperación Económica*¹⁰¹, que se publicó el 26 de noviembre de 2008 como una respuesta por parte de la Comisión Europea ante la grave situación de crisis económica. En esta Comunicación se señalaba como condición previa para la inversión, el crecimiento y la creación de puestos de trabajo, el contar con una financiación suficiente y viable para las empresas. Se instaba a la Unión europea y a los Estados miembros, entre otras medidas tendentes a reducir las cargas administrativas y fomentar la iniciativa empresarial, a velar por que los poderes públicos pagasen sus facturas por suministros y servicios, y en general también a las PYMEs¹⁰², en el plazo máximo de un mes.

4.3. El proceso de reforma de la Directiva

Con todos estos antecedentes, la Comisión sugirió, en su propuesta de Directiva de 2009, un nuevo planteamiento político para afrontar el problema de la morosidad y propuso introducir cambios sustanciales en la Directiva sobre la morosidad de 2000. La Comisión sugirió que los poderes públicos deberían dar ejemplo y, por norma, pagar sus facturas en un plazo de treinta días. Consecuente con ello, adoptó una Comunicación¹⁰³ en la que pidió a sus Servicios que aplicasen sin demora un conjunto de medidas destinadas a

¹⁰¹ COM (2008) 800.

¹⁰² P. 15 de la Comunicación de la Comisión al Consejo Europeo "Un plan europeo de recuperación económica"

¹⁰³ SEC(2009) 477 final, de 8 de abril de 2009

racionalizar las normas financieras y acelerar la ejecución del presupuesto para contribuir a la recuperación económica, en particular, mejorando la puntualidad de sus propios pagos y fijando objetivos de reducción de los plazos de pago.

La Propuesta de Directiva de la Comisión mantenía, aunque introduciendo algunas modificaciones, el número de los Considerandos (23) de la Directiva 2000/35 e incrementaba su articulado (mientras esta última contaba con 8 artículos ahora se incluían 14). Las modificaciones más destacadas eran las relativas a la introducción de nuevas definiciones (el interés de demora, el interés legal y el tipo de referencia en el artículo 2); la supresión de varios párrafos del artículo 3 (referente a los intereses de demora) alguno de los cuales desaparecieron y otros se integraron en preceptos diferentes (como el nuevo artículo 4 dedicado a la compensación por los costes de cobro); una regulación más detallada (en el nuevo artículo 5) de los pagos por parte de los poderes públicos; algunos cambios importantes en la regulación de las cláusulas contractuales manifiestamente abusivas (a las que ahora se dedica un precepto, el artículo 6) y la imposición a los Estados miembros de la obligación de garantizar la transparencia sobre los derechos y obligaciones que emanan de la Directiva (artículo 7) así como de enviar un informe a la Comisión sobre la aplicación de la Directiva en el plazo de dos años (artículo 10).

El Comité Económico y Social Europeo, en su sesión de los días 16 y 17 de diciembre de 2009 (Pleno nº 458) aprobó el *Dictamen sobre la Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales*¹⁰⁴ Aunque valoró positivamente la propuesta de Directiva, el CESE consideró que requería algunas mejoras y en especial propuso el establecimiento urgente de una norma que

¹⁰⁴ COM(2009) 126 final-2009/0054

obligase a pagar las facturas en un plazo máximo de 30 días naturales para los contratos públicos. Para todas las transacciones comerciales consideraba adecuada la obligación jurídica de pagar intereses, compensaciones y gastos mínimos internos siempre que no existieran en los contratos cláusulas más favorables para los acreedores. Sugirió también el desarrollo de la normativa sobre las cláusulas contractuales manifiestamente abusivas y sobre los créditos no impugnados. El CESE recomendaba a los Estados miembros que intensificasen su cooperación y previeran acciones comunes de información y apoyo para las PYMES en caso de morosidad en las operaciones transfronterizas. Podría resultar útil crear en el ámbito europeo un sitio Internet especializado que proporcionaría, en todas las lenguas vehiculares, información pertinente sobre la transposición de la Directiva, el marco legal, los procedimientos aplicables para el cobro de créditos y demás informaciones prácticas.

En su Dictamen el CESE realizó una serie de observaciones generales, entre ellas, que la Directiva debería reforzar y agravar las penalizaciones a las autoridades públicas en el caso de pago pasados treinta días. Por sus efectos positivos consideró conveniente adoptar una serie de medidas como la obligación general de pago de los contratos públicos en un plazo de 30 días, el establecimiento a favor del acreedor del derecho a una compensación por un importe mínimo del 5% de la cantidad adeudada, el cobro de los gastos administrativos internos soportados por el acreedor, la supresión de la posibilidad de descartar las reclamaciones de intereses de menos de 5 euros, la mejora de la reglamentación relativa a las cláusulas contractuales manifiestamente abusivas, una mayor transparencia sobre los derechos y obligaciones establecidos en la Directiva y la creación de un sistema de seguimiento y evaluación.

Además de las observaciones de carácter general contenía algunas observaciones particulares. En primer lugar el establecimiento de una obligación general de pago a 30 días como máximo para los contratos públicos, además de la realización de algunos cambios en la redacción del artículo 5 relativo al pago por parte de los poderes públicos, la generalización de la práctica que impera en Finlandia y Suecia consistente en que los intereses por pagos con retraso puedan cobrarse de forma automática, sin necesidad de una decisión judicial, la consulta a las organizaciones patronales y de PYMES y su integración en el proceso de elaboración de la Directiva, el establecimiento de procedimientos simples, rápidos y eficaces accesibles para los empresarios y la posibilidad de obtención de un título ejecutivo en un plazo máximo de 90 días siempre que no haya habido impugnación de la deuda.

Por último, el CESE hacía una serie de observaciones y propuestas adicionales, destacando las destinadas a mejorar la regulación de las cláusulas contractuales manifiestamente abusivas, a la posibilidad de extender la Directiva al consumidor y la necesidad de evitar imponer plazos de pago de

una longitud injustificada en los casos de subcontratación de los contratos públicos y suministro de mercancías en el marco de la gran distribución.

Por último, manifestaba su apoyo a las buenas prácticas adoptadas en el ámbito de la lucha contra la morosidad y en la reducción de los plazos de pago por algunos Estados miembros, entre las que citaba: el compromiso de pago de facturas en el plazo diez días por el Reino Unido, el compromiso de reducción de la morosidad por los gobiernos de Irlanda, Bélgica, Polonia, República Checa y Portugal (en este último país mediante el programa “Pagar a tiempo e horas” aprobado por el gobierno para reducir los retrasos en los pagos estableciendo un objetivo a largo plazo de 30 o 40 días), el crédito puente para financiar el retraso de los pagos por las autoridades públicas puesto en marcha en Bélgica y la línea “ICO-liquidez PYME”¹⁰⁵ adoptada en España. Estos avances en el tratamiento de la morosidad realizados en los países miembros fueron recogidos por el Documento de trabajo de la Comisión *Informe sobre la aplicación de la Ley de pequeña empresa*¹⁰⁶, que indicaba asimismo que en Bulgaria el Ministro de Hacienda anunció que aumentaría los intereses legales por demora en 10 o 20 puntos como medida preventiva y que en Francia la Ley de modernización de la economía de agosto de 2008 exigía que a más tardar el 1 de julio de 2010 el plazo para efectuar pagos públicos se redujera a 30 días.

El siguiente paso para la modificación de la Directiva tuvo lugar el 4 de febrero de 2010, fecha en la que la Comisión del mercado interior y de protección de los consumidores del Parlamento europeo emitió un proyecto de informe sobre la propuesta de Directiva¹⁰⁷. En él se valoraba positivamente la propuesta por constituir una importante contribución al persistente e irresoluto problema de los

¹⁰⁵ <http://www.ico.es/web/contenidos/6/0/6043/index>

¹⁰⁶ COM(2009), 680 final, de 15.12.2009, p. 5

¹⁰⁷ Proyecto de Informe de la propuesta de Directiva del Parlamento europeo y del Consejo por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales, COM(2009) 0126-C7-0044/2009-2009/0054 (COD)

retrasos en los pagos. La Comisión del mercado interior apoyó el contenido central de la propuesta de la COM, pero proponía 15 enmiendas, referidas sobre todo a las sanciones, la definición de los poderes públicos y los períodos de armonización del pago para éstos (en su enmienda número 6 proponía definir a los poderes públicos como poderes o entidades adjudicadoras, no sólo conforme a la Directiva 2004/18/CE, como hacía la propuesta de la COM, sino también conforme a la Directiva 2004/17/CE del Parlamento europeo y del Consejo de 31 de marzo de 2004, sobre la coordinación de los procedimientos de adjudicación de contratos en los sectores del agua, de la energía, de los transportes y de los servicios postales y a la Directiva 2009/81/CE del Parlamento europeo y del Consejo de 13 de julio de 2009 sobre la coordinación de los procedimientos de adjudicación de determinados contratos de obras, de suministro y de servicios por las entidades o poderes adjudicadores en los ámbitos de la defensa y la seguridad. Mientras que la Directiva 2000/35 remite para el concepto de poderes públicos a las Directivas sobre contratación pública, ahora se pretende ampliar el concepto al identificarlo con el de poderes adjudicadores. Volveremos sobre todo ello en el capítulo IV de esta tesis al ocuparnos del ámbito de aplicación subjetivo de la legislación española sobre morosidad. Asimismo consideraba que había que entender incluidos también dentro del concepto de poderes públicos a cualquiera de las instituciones, organismos, oficinas y agencias de la Unión Europea). El documento destacaba que, dado que los retrasos en los pagos son un fenómeno en el que intervienen muchas causas, exigen combatirse con un amplio abanico de medidas complementarias a las legales ya que se consideraba que el enfoque "duro" de la Comisión centrado en sanciones severas y desincentivos debía de ampliarse e incluir medidas "suaves" centradas en la oferta de incentivos positivos para luchar contra la morosidad. Destacaba que se deben fomentar medidas prácticas, como la utilización de facturas

electrónicas¹⁰⁸, en paralelo a la implementación de la Directiva. Se consideraba necesario el impacto combinado de la Directiva con otras medidas para crear una nueva cultura comercial en la que los retrasos en los pagos sean concebidos como un abuso inaceptable.

Las enmiendas que el proyecto de informe hacía a la propuesta de Directiva se referían a las siguientes cuestiones: la indemnización por los gastos ocasionados en el cobro de la deuda (sugiriendo un límite máximo de 100 euros), los acuerdos de pago escalonado (que pueden contribuir a asegurar la liquidez de los negocios, en particular de las PYMES¹⁰⁹), los plazos de pago armonizados en toda la UE para los poderes públicos (en la línea con lo que antes hemos indicado por el CESE, este proyecto de informe considera peligrosa la excepción al plazo de 30 días previsto en el artículo 5.4¹¹⁰), la necesidad de establecer las mismas sanciones para las empresas y para las Administraciones públicas (proponiendo para ello un sistema progresivo con un límite máximo global de 50.000 euros, mediante la introducción de un nuevo artículo, el 4 bis), la inclusión de las empresas de servicios públicos¹¹¹ en el régimen jurídico de las Administraciones públicas y el establecimiento de incentivos y medidas de acompañamiento de la Directiva. Por lo que se refiere a

¹⁰⁸ Medida propugnada ya por la Comisión en el Plan Europeo para la Recuperación Económica al que hemos hecho referencia en el epígrafe anterior.

¹⁰⁹ En su enmienda primera añade al considerando 16, después de referirse al plazo máximo de 30 días, que debe seguir siendo posible establecer unos calendarios más largos para los pagos, incluso en el caso de pagos escalonados, cuando esté objetivamente justificado a la luz del carácter o de las características particulares del contrato, como en el caso de grandes proyectos de construcción.

¹¹⁰ Se considera que la última frase del artículo 5.4 (“ello esté justificado por circunstancias particulares, como la necesidad objetiva de ampliar el plazo de pago”) es ambigua y genera confusión, sobre todo en su aplicación a los pagos escalonados. Por ello sugiere el informe una redacción más precisa (“ello esté objetivamente justificado por el carácter o las características particulares del contrato”) y apoya además el establecimiento de una duración máxima del plazo de pago de hasta 60 días para los poderes públicos.

¹¹¹ Empresas de servicios públicos en el sentido de la Directiva 2004/17/CE, que define en su artículo 2.1 b) como empresas públicas a aquellas empresas sobre las cuales los poderes adjudicadores pueden ejercer, directa o indirectamente una influencia dominante por el hecho de tener la propiedad o una participación financiera en las mismas, o en virtud de las normas que las rigen. Se considerará que los poderes adjudicadores ejercen una influencia dominante, directa o indirectamente, sobre una empresa: cuando tenga la mayoría del capital suscrito de la empresa, dispongan de la mayoría de los votos correspondientes a las participaciones emitidas por la empresa o puedan designar a más de la mitad de los miembros del órgano de administración, de dirección o de vigilancia de la empresa

esta última cuestión, la Comisión del mercado interior instaba a los Estados miembros a la elaboración y uso de “códigos de pago sin demora” (en expresión utilizada por la enmienda 14 introduciendo así un nuevo apartado, el 1 ter, al artículo 7 de la propuesta de Directiva), de listas de “buenos pagadores” y de otros instrumentos similares para contribuir a una cultura del pronto pago. Proponía también a los Estados miembros que se sirvieran, cuando procediera, de publicaciones de carácter profesional, campañas de promoción o cualquier otro tipo de medios funcionales para incrementar la sensibilización respecto de las soluciones contra la morosidad. Recomendaba asimismo el uso de la mediación y de otros sistemas alternativos de resolución de conflictos (ADR's)¹¹².

El 4 de mayo de 2010 la Comisión del mercado interior y de protección de los consumidores del Parlamento europeo aprobó, por 30 votos a favor, 0 en contra y 6 abstenciones, el *Informe sobre la propuesta de Directiva del Parlamento y del Consejo de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales*¹¹³.

En este Informe, la Comisión del mercado interior consideró que los plazos para el pago de las facturas en el ámbito empresarial debían establecerse por ley tanto para el sector público como para el sector privado y que todas las facturas se pagasen en 30 días como plazo general, pudiendo ampliarse a 60 días en determinadas circunstancias. En las transacciones entre empresas, el período extra tendría que ser estipulado en el contrato y podría incluso superar los 60 días si la prórroga no causara un perjuicio injustificado a cualquiera de las partes (según la dicción de la enmienda 3 que introduce un nuevo considerando, el 12 bis). Para los organismos públicos (enmienda 4 que modifica el considerando 13) las empresas públicas no deben incluirse en la definición de poderes públicos. Se

¹¹² Mediante la enmienda 5 que añadía un nuevo considerando, el 20 bis, a la propuesta de Directiva.

¹¹³ COM(2009) 0126-C7-0044/2009-2009/0054 (COD) A7- 0136/2010

establecen normas más estrictas: se requiere una justificación especial para retrasar el pago más allá de 30 días, y el plazo de 60 días no se puede sobrepasar. Sin embargo, los diputados previeron cierta flexibilidad para los centros sanitarios que, por su situación que se califica de preocupante, tienen 60 días como plazo normal para el pago de facturas a contratistas privados. Este Informe de la Comisión del mercado interior del Parlamento europeo se trasladó al Consejo.

El 20 de octubre de 2010 se aprobó la Resolución legislativa del Parlamento Europeo sobre la propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales por la que se adoptó la *Posición del Parlamento europeo aprobada en primera lectura con vistas a la adopción de la directiva del Parlamento europeo y del Consejo por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales*¹¹⁴. En este documento, se aumentó el número de considerandos respecto al texto de la propuesta de Directiva de la Comisión, incrementándose de los 24 de esta última a 39 y en cuanto a su articulado se pasó de 14 a 15 preceptos. A continuación pasamos a destacar las principales modificaciones introducidas por el indicado texto del Parlamento.

En su parte expositiva, se incluyen varias consideraciones importantes. Así, se insiste en la responsabilidad de los poderes públicos en la tarea de facilitar a las PYME el acceso a la financiación y en la elaboración de un marco jurídico que propicie la puntualidad de los pagos (considerando 6). Se declara expresamente el automatismo de la mora (considerando 17). Se reconoce que debe preverse, como norma general, que los plazos de pago contractuales entre empresas no excedan de 60 días naturales, aunque puede

¹¹⁴ EP-PE_TC1-COD(2009)9954

haber casos en que las empresas necesiten plazos más amplios¹¹⁵ y por consiguiente las partes deben seguir teniendo la posibilidad de acordar plazos de pagos superiores a 60 días naturales, siempre que esta prórroga no sea manifiestamente abusiva para el acreedor. Se incorpora la posibilidad de excluir del ámbito de aplicación de la Directiva las deudas objeto de procedimientos de insolvencia, incluidos los que tienen por finalidad la reestructuración de la deuda (considerando 9). Se recuerda la importancia y el valor de la factura, también de la factura electrónica, y la necesidad de promover sistemas que garanticen la seguridad jurídica en cuando a la fecha de su recepción por parte del acreedor (considerando 19). Se reconoce que la Directiva no debe impedir pagos a plazos ni pagos escalonados (considerando 23). Se declara la necesidad de establecer un límite de 30 días naturales para el pago del suministro de bienes o prestación de servicios por parte de empresas a los poderes públicos, salvo acuerdo expreso en contrario¹¹⁶ que en cualquier caso no podrá exceder de 60 días naturales; no obstante, para las empresas públicas se permite a los Estados miembros la posibilidad de ampliar, en determinadas condiciones, el plazo legal hasta un máximo de 60 días naturales (considerando 25). En atención a la difícil situación de las entidades públicas que prestan servicios de asistencia sanitaria, se admite la posibilidad de que los Estados miembros les concedan un cierto grado de flexibilidad y permitan ampliar el plazo legal hasta un máximo de 60 días naturales (considerando 26). Se constata que las instituciones de la Unión europea se encuentran en una situación comparable a la de los poderes públicos en cuanto a su financiación y relaciones comerciales, por lo que habrá que velar porque sus plazos de pago estén armonizados con los de los poderes públicos conforme a esta Directiva (considerando 28). Se declara que las entidades

¹¹⁵ Por ejemplo cuando las empresas desean conceder créditos comerciales a sus clientes, según declara el considerando 13

¹¹⁶ Con la condición de que esté objetivamente justificado teniendo en cuenta la naturaleza o las características particulares del contrato (considerando 24) este límite adicional.

oficialmente reconocidas y las que tengan un interés legítimo en representar a las empresas deben poder ejercer acciones ante los tribunales o los órganos administrativos para evitar que se sigan aplicando cláusulas contractuales manifiestamente abusivas para el acreedor (considerando 30). Se impone a los Estados miembros el deber de reforzar la difusión de las mejores prácticas, incluso la promoción de la publicación de una lista de buenos pagadores (considerando 31). Asimismo se debe fomentar el recurso a la mediación o a otros medios alternativos de solución de conflictos y animar a las partes interesadas a elaborar códigos voluntarios de conducta (considerando 35). Por último, de acuerdo con el punto 34 del Acuerdo Interinstitucional "Legislar mejor"¹¹⁷, se alienta a los Estados miembros a establecer sus propios cuadros que muestren la correspondencia entre la Directiva y sus medidas de transposición a nivel nacional y a hacerlos públicos (considerando 39).

Las principales modificaciones introducidas en su articulado respecto de la propuesta fueron las siguientes. En primer lugar, la inclusión, junto al ámbito de aplicación de la Directiva del objeto de la misma en el artículo 1. En segundo lugar, la introducción de la definición de cantidad adeudada así como algunas precisiones en las definiciones de morosidad e interés contenidas en el artículo 2. Los cambios más importantes introducidos en el artículo 3, además del cambio del título (antes "intereses de demora" y ahora "operaciones entre empresas") son la introducción de los párrafos 3 y 4 sobre la duración máxima (60 días) de los procedimientos de aceptación o comprobación de la conformidad de los bienes y servicios con lo dispuesto en el contrato, así como el límite de 60 días naturales salvo pacto en contrario siempre que no sea manifiestamente abusivo. En tercer lugar, en materia de compensación por costes de cobro, el artículo 4.3 reconoce la posibilidad de obtener, además de unas cantidades fijas, entre otros, los gastos de abogados o de empresas

¹¹⁷ DO C 321 de 31.12.2003, p. 1

de cobros. En cuarto lugar, y por lo que se refiere a las operaciones entre empresas y poderes públicos, el artículo 5, permite en su apartado 3 ampliar el plazo de 30 días hasta un máximo de 60 para las empresas públicas y las entidades que presten servicios de asistencia sanitaria. En quinto lugar, extiende el artículo 6 a las prácticas abusivas (antes el precepto se refería a las cláusulas contractuales manifiestamente abusivas, ahora se incluyen ambas). En sexto lugar, junto al deber de transparencia, el artículo 7 permite a los Estados miembros la utilización de instrumentos¹¹⁸ para la sensibilización en materia de morosidad. En séptimo lugar, se introduce un nuevo artículo, el 8 (calendarios de pago) en el que se reconoce a las partes la capacidad para acordar, con arreglo a su legislación nacional, calendarios para el pago que prevean la posibilidad del pago a plazos¹¹⁹.

En el DOUE de 23 de febrero de 2011 se publicó la Directiva 2011/7/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de febrero de 2011 por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales¹²⁰. El texto de la Directiva coincide exactamente con el aprobado por el Parlamento Europeo y el Consejo¹²¹ en su Posición común, que había introducido algunos cambios en el texto aprobado por el Parlamento en primera lectura a la que se acaba de hacer referencia, cambios que a continuación pasamos a relatar.

Por lo que se refiere a la parte expositiva, se mantiene el mismo número de considerandos (39) con un contenido similar, únicamente con algunos cambios de carácter más bien formal. Así por ejemplo el antiguo considerando 14 pasa a ser ahora el número 11 y el antiguo

¹¹⁸ Por ejemplo publicaciones periódicas o campañas de promoción (artículo 7.3)

¹¹⁹ En estos casos, cuando alguno de los plazos no se abone en la fecha acordada, los intereses y las compensaciones previstas en la presente Directiva se calcularán sobre la base de las sumas pendientes.

¹²⁰ DOUE serie L de 23 de febrero de 2011

¹²¹ EP-PE_TC1-COD(2009)0054

considerando 8, con una nueva y mejorada redacción pasa a ser el considerando 36. No consideramos acertada la sustitución de la palabra “empresarios” por la de “empresas” en el considerando 5 pero si nos parece más apropiada la utilización de la expresión “lista de pagadores puntuales” en el considerando 30 en lugar de la de “lista de buenos pagadores” a que hacía referencia el antiguo considerando 31.

En cuanto al articulado de la Directiva se ha mantenido el mismo número de preceptos (15) que los que proponía la Posición del Parlamento, teniendo en cuenta que el artículo 4 referente a la compensación por los costes de cobro ha pasado a ser el artículo 6, el 5 (operaciones entre empresas y poderes públicos) es actualmente el 4, los artículos 6 (cláusulas contractuales y prácticas abusivas) y 7 (transparencia y sensibilización) pasan a ser ahora los artículos 7 y 8 y el artículo 8 (calendarios de pago) se ha convertido en el artículo 5. Como ya hemos anticipado, no se observan cambios de fondo en la regulación sino que las modificaciones en el texto final son más bien de forma, en general entendemos que son acertadas al suponer una mejora técnica, salvo alguna excepción que señalaremos oportunamente. Así, por ejemplo en el ámbito de aplicación se ha sustituido la palabra transacción comercial (a la que hacía referencia la Posición del Parlamento) por la de operación comercial (en el artículo 1 y en el artículo 6, lo cual resulta coherente con la redacción originaria dada en la Directiva 2000/35/CEE). Nos parece acertada la nueva redacción dada al artículo 2.7 cuando al definir el tipo de referencia se subdivide en dos apartados para diferenciar entre los Estados miembros cuya divisa es el euro y entre aquellos en que no lo es. La sustitución de la expresión “recordatorio” por la de “aviso de vencimiento” a que se refieren el artículo 3.1 cuando reconoce el carácter automático de la mora y el artículo 4.1 cuando se refiere concretamente a las operaciones entre empresas y poderes

públicos se debe a un cambio en la traducción española¹²². Siguiendo con el artículo 3, que se ocupa de las operaciones entre empresas, debemos hacer referencia a un cambio que en este caso excede de la simple redacción. En el nuevo párrafo 4 (antiguo párrafo 3) la Directiva limita a 30 días naturales, en lugar de los 60 que preveía el texto del Parlamento de octubre de 2010, el plazo para el procedimiento de aceptación o de comprobación de los bienes o servicios a que se refiere el artículo 3.3 iv, consideramos acertado este cambio ya que nos parece más coherente con el plazo de treinta días fijado en el artículo 3. En cuanto a la sustitución de la expresión “pago sin demora” del artículo 8.4 por la de “pago puntual”, la de “límites temporales de pago” por “plazo de pago”, así como la sustitución de la expresión “sumas pendientes”, del antiguo artículo 8 por la de “cantidades vencidas” del actual artículo 5 nos parecen acertadas, ya que se trata de cambios de lenguaje que suponen una mayor precisión. Sin embargo, en el caso del cambio de la expresión “disputa” por “controversia” se trata de una sustitución realizada por el traductor español¹²³. Por último, se ha modificado el plazo concedido por la Directiva para la presentación por la Comisión al Parlamento y el Consejo del informe sobre la aplicación de la misma, ya que mientras el texto de la Posición del Parlamento fijaba un plazo de tres años desde la fecha de su transposición, el texto final de la Directiva, en su artículo 11 y en nuestra opinión acertadamente, fija una fecha concreta, el 16 de marzo de 2016, lo cual da mayor certeza ya que las fechas de las transposiciones pueden ser diferentes en los distintos Estados miembros.

¹²² Las versiones inglesa (*reminder*) y francesa (*rappe*) mantienen la expresión recordatorio

¹²³ *In dispute*, en la traducción inglesa y *litige* en la francesa

4.4 Aspectos fundamentales de la reforma de la Directiva

Respecto al alcance de la modificación de la Directiva tras el proceso descrito, antes de entrar en su articulado hay que destacar que se introducen una serie de modificaciones sustanciales que inciden en los siguientes puntos: el fomento de las transacciones comerciales transfronterizas, el dotar de mayor seguridad jurídica a la PYME mediante el favorecimiento de la puntualidad en los pagos, la reducción de cargas administrativas y el establecimiento de una indemnización justa para los acreedores por los gastos generados para asegurar o conseguir el cobro de la deuda.

Por lo que respecta a su articulado, comenzaremos señalando que las disposiciones de la Directiva 2000/35 sobre su ámbito de aplicación, los intereses de demora, la reserva de dominio y el procedimiento de cobro de créditos no impugnados permanecen básicamente inalteradas en cuanto al fondo.

Antes de comenzar con el análisis de las modificaciones sustanciales introducidas por la Directiva 2011/7, debemos dejar sentado que se trata, al igual que lo era su antecesora, de una Directiva de mínimos, ya que reconoce a los Estados miembros (art. 12.3) la posibilidad de mantener o establecer disposiciones más favorables para el acreedor que las necesarias para cumplir la Directiva

4.4 1 Objetivo de la Directiva

Una primera novedad que podemos constatar es que la Directiva comienza declarando, en su artículo 1.1, cuál es el objeto de la

misma, cosa que la Directiva originaria no hacía¹²⁴: “la lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales para asegurar el funcionamiento adecuado del mercado interior, fomentando la competitividad de las empresas, en particular de las PYME”

4.4.2 Definiciones

Las definiciones contenidas en el artículo 2 son objeto de algunas alteraciones en cuanto a su redacción, por ejemplo los “poderes públicos” (en lugar de autoridades o entidades contratantes por referencia a las Directivas sobre contratación pública) se conciben ahora como “poderes adjudicadores” tal como se definen en las Directivas 2004/17/CE y 2004/18/CE con independencia del objeto o valor del contrato (aunque volveremos sobre ello en el capítulo III de esta tesis al ocuparnos del ámbito de aplicación subjetivo de la legislación sobre morosidad, conviene indicar aquí que de este modo la Directiva 2011/7 entiende el término “poderes públicos” en un sentido más amplio que la Directiva 2000/35). En el concepto de “empresa” se matiza que será cualquier organización “distinta de los poderes públicos” (como tendremos ocasión de constatar al ocuparnos del análisis de la normativa española en el capítulo III, el concepto de empresa que utiliza la Directiva es el que se aplica en Derecho de la competencia, excluyendo, por tanto, a las Administraciones públicas). Y la morosidad se define ahora, en lugar de como el incumplimiento de los plazos contractuales o legales de pago como “no efectuar el pago en el plazo contractual o legal establecido, habiéndose cumplido las condiciones fijadas en el artículo 3 apartado 1 o en el artículo 4 apartado 1”. En realidad no ha habido un cambio en el concepto, pero son criticables este tipo de definiciones por referencia tan del gusto de la UE por influencia del Derecho británico y que tanto complican la labor del intérprete. Por

¹²⁴ No en su articulado pero si en su considerando nº 12

último, se simplifica la definición de título ejecutivo¹²⁵ y se suprime la definición del tipo de interés aplicado por el BCE a sus operaciones de financiación, sustituyéndose por la de tipo de referencia, en la que se diferencia entre aquellos Estados miembros cuya divisa es el euro y aquellos en las que no lo es¹²⁶. Además se introducen dos nuevas definiciones: el interés de demora y el interés legal de demora.

4.4.3 Exclusiones

La Directiva ya no contiene una regla “de minimis” y todas las reclamaciones de intereses con independencia de su cuantía entran en su ámbito objetivo de aplicación. En materia de exclusiones, el artículo 1.3 modifica el régimen establecido en la primera Directiva (del año 2000) y reconoce a los Estados miembros la posibilidad de excluir de su ámbito de aplicación las deudas sometidas a procedimientos concursales¹²⁷ incluyendo además aquellos que tienen por finalidad la restructuración de la deuda¹²⁸.

4.4.4 Compensación por gastos de cobro

Se modifica la regulación en materia de gastos de cobro [que antes se encontraba en el artículo 3.1 e) y ahora su régimen se detalla en el artículo 6], reconociendo a los acreedores el derecho a reclamar una cantidad en concepto de gastos de cobro internos por su gestión en el seno de la empresa relacionada con la cantidad

¹²⁵ Que queda ahora definido como “toda decisión, sentencia u orden de pago, ya sea de pago inmediato o de pago a plazos, dictada por un tribunal u otra autoridad competente, incluidas las que son ejecutivas provisionalmente, que permita al acreedor obtener la ejecución forzosa de su crédito frente al deudor”.

¹²⁶ Bulgaria, Dinamarca, Letonia, Lituania, Hungría, Polonia, República Checa, Reino Unido, Rumanía y Suecia son Estados miembros de la UE pero no han adoptado la moneda única.

¹²⁷ En la traducción española la Directiva 2011/7/UE se refiere a procedimientos concursales en lugar de insolvencia, terminología más acorde con la normativa española. En la versión inglesa se utiliza la misma expresión que usaba la Directiva 2000/25/CEE: *insolvency proceedings*

¹²⁸ Sobre este tema, por todos, PULGAR EZQUERRA, J., “Preconcuralidad y acuerdos de refinanciación”, *Revista de Derecho concursal y paraconcursal*, nº 14, 2011, pp. 25 a 40

pagada con retraso. Ello con un doble objetivo: que el acreedor recupere sus gastos administrativos internos atribuibles al pago con retraso y la creación de un efecto disuasorio en los deudores, complementario al del devengo de intereses de demora. Mientas la anterior regulación reconocía el derecho a una compensación “razonable”, con respeto a los principios de transparencia y proporcionalidad, la nueva norma concreta este derecho en una cantidad mínima fija: 40 euros¹²⁹ y reconoce su obligación de pago por parte del deudor sin que haga falta requerimiento¹³⁰. Además de esas cantidades fijas, el párrafo 3 de este artículo 6 reconoce al acreedor el derecho a obtener una compensación razonable por todos los demás gastos de cobro (esto es, los externos) que haya sufrido a causa de la morosidad del deudor. Ésta ha sido una de las materias sobre las cuales ha sido más difícil llegar a un acuerdo entre los Estados miembros en el proceso de modificación de la Directiva de morosidad¹³¹. Creemos positiva, porque puede aclarar las dudas que surgían en cuanto a la interpretación del alcance de la compensación por gastos de cobro, la inclusión expresa, al final del artículo 6, entre estos gastos de aquellos que el deudor haya realizado para la contratación de los servicios de un abogado o una agencia de gestión de cobro.

4.4.5 Operaciones comerciales entre empresas y entre empresas y poderes públicos

La Directiva (artículos 3 y 4) distingue entre operaciones comerciales entre empresas y aquéllas en las que intervienen los poderes públicos, a diferencia de la anterior norma en la que se

¹²⁹ Esta cantidad puede elevarse por medio del pacto.

¹³⁰ El artículo utiliza la expresión, mucho menos acertada debido a una traducción literal de la versión inglesa *without the necessity of a reminder*, de “sin necesidad de recordatorio”

¹³¹ Como se plasma en el *Informe sobre la morosidad en las operaciones comerciales*, Observatorio PYME, redactado en marzo de 2010 por la Dirección General de Política de la pequeña y mediana empresa de la Secretaría General de Industrial, p. 13, www.ipyme.org

regulaban en general las operaciones comerciales sin distinguir, por lo que los plazos de pago y las demás condiciones eran los mismos en ambos casos con independencia de poder público o adjudicador de una de las partes. En las operaciones entre empresas, al igual que su antecesora, la Directiva 2011/7/UE no armoniza plazos de pago sino que arbitra un mecanismo que afecta al período de morosidad que empieza a contar desde la fecha en que debe hacerse efectivo el pago (30 días naturales, salvo que en el contrato se hubiera fijado otro plazo superior¹³²). En las operaciones comerciales en las que intervienen las Administraciones públicas, éstas tendrán que pagar las facturas de operaciones comerciales que den lugar a la entrega de bienes o a la prestación de servicios en un plazo de treinta días. La Directiva permite, en su artículo 4.4 a los Estados miembros ampliar el plazo de 30 días hasta un máximo de 60 días naturales en varios supuestos (empresas públicas y entidades que presten servicios de asistencia sanitaria) y bajo ciertas condiciones (informando a la Comisión en un plazo de tiempo determinado). De modo que hay un tratamiento diferenciado en función de la condición del deudor y en el caso de los poderes públicos los supuestos en los que puede ampliarse el pago están limitados a los que se relacionan en el artículo 4.4. Los Estados miembros pueden optar por implementar este régimen o no hacerlo en las condiciones que fija ese precepto.

La Directiva 2000/35/CE no se ocupaba de regular los pagos por parte de las Administraciones públicas y empresas públicas, en los que como es sabido existe un gran índice de morosidad¹³³, por lo que resulta muy importante la introducción de este precepto. Como declaró la Exposición de Motivos de la propuesta de modificación de

¹³² Hemos de tener en cuenta también que el párrafo 5 del artículo 3 establece que los Estados miembros velarán por que el plazo de pago fijado en el contrato no exceda de 60 días naturales, salvo acuerdo expreso en contrario recogido en el contrato y siempre que no sea manifiestamente abusivo para el acreedor en el sentido del artículo 7.

¹³³ Por citar datos concretos, relativos a España, las Administraciones públicas tardan, de media, 158 días en pagar sus facturas mientras que el plazo medio en Europa es de 67, según los datos del Informe elaborado por la Federación Nacional de Asociaciones de Trabajadores Autónomos: <http://www.ata.es/imagenes/publicacionesPdf/publicacion21.pdf>

esta Directiva: “el impacto presupuestario para las autoridades nacionales será proporcional a su capacidad para garantizar el cumplimiento de las disposiciones de la Directiva y además la mejora esperada en la puntualidad de los pagos por parte de los poderes públicos ayudará a reducir el número de quiebras y, en consecuencia, su coste social”.

4.4.6 Cláusulas contractuales y prácticas abusivas

La nueva norma supone un avance en el tratamiento de las cláusulas contractuales manifiestamente abusivas, no sólo porque simplifica la redacción antes contenida en los apartados 3, 4 y 5 del artículo 3 de la Directiva 2000/35/CE sino sobre todo porque extiende su aplicación además a las prácticas abusivas¹³⁴. Se considerará siempre manifiestamente abusiva y por tanto, nula cualquier cláusula o práctica que excluya el interés de demora (art. 7.3) y se presumirá manifiestamente abusiva toda cláusula o práctica que excluya la compensación por costes de cobro (art. 7.4). Expresamente no serán aplicables aquellas cláusulas contractuales relativas a la fecha o el plazo de pago, al tipo de interés de demora o a los gastos de cobro si son manifiestamente abusivas para el acreedor (se sigue atendiendo a las circunstancias del caso para determinar esa condición de abusiva pero mientras en su redacción originaria se refería a los usos habituales del comercio la actual redacción, en nuestra opinión acertadamente y con afán de mejora, se refiere a las buenas

¹³⁴ Mientras la Directiva 2000/35 se refería solamente a los acuerdos y cláusulas abusivas, la Directiva 2011/7/UE incluye tanto las cláusulas contractuales como las prácticas abusivas. Recientemente, en España han aparecido algunas noticias referentes a la realización de prácticas abusivas en el ámbito de la construcción por parte de la Administración pública en materia de licitaciones (<http://www.laopinion.es/economia/2012/10/31/construtores-unenfrente-morosidad-publica-les-asfixia/443065.html>) y en el sector agroalimentario, en el que el Ministerio de Agricultura está elaborando un anteproyecto de Ley de medidas para mejorar el funcionamiento de la cadena alimentaria conforme al cual se podrán imponer multas entre 3.000 y un millón de euros a cualquier eslabón de la cadena alimentaria que cometa prácticas abusivas (<http://www.lavanguardia.com/economia/20121019/54352712917/gobierno-multara-millon-practicas-abusivas-sector-alimentario.html>)

prácticas comerciales¹³⁵, a la buena fé y a una actuación leal. En esta línea de mejoras técnicas se sustituye la referencia a la “naturaleza del producto” por la expresión más precisa de la “naturaleza del bien o servicio”). Se ha suprimido, en nuestra opinión también acertadamente, la última frase del artículo 3.3 de la Directiva 2000/35/CEE conforme a la cual en caso de determinarse judicialmente el carácter manifiestamente abusivo de la cláusula o práctica se aplicarían las disposiciones legales, a no ser que los tribunales nacionales determinasen otras condiciones. Por último, en cuanto al ejercicio de las acciones ante los tribunales u órganos administrativos competentes, la Directiva 2011/7/UE ya no exige que se trate de condiciones generales, sino que ahora la referencia es a las cláusulas o prácticas manifiestamente abusivas y por tanto se incluyen también las pactadas individualmente a efectos de sancionar su nulidad.

4.4.7 Calendarios de pago

Es una novedad de la Directiva (art. 5) la referencia a los calendarios de pago: se reconoce a las partes de un contrato la capacidad para acordar, según su legislación nacional, calendarios de pago para pagos a plazos. El cambio introducido por la norma respecto a la regulación anterior consiste en que cuando alguno de los plazos no se abone en la fecha pactada, los intereses y la compensación previstas en la Directiva se calcularán únicamente sobre la base de las cantidades vencidas.

¹³⁵ Lo cual, en opinión de MIRANDA SERRANO, L.M., y PAGADOR LÓPEZ,, J., “La reforma del régimen legal contra la morosidad. ¿Un avance en la represión de las malas prácticas de pago?, *RDCD*, nº 7, 2010, p. 249 “...parece elevar a un primer plano el componente ético de los comportamientos empresariales a fin de remover la nociva cultura de la morosidad imperante todavía en un número considerable de Estados miembros de la Unión Europea, entre los que desgraciadamente España ocupa un lugar destacado”

4.4.8 Transparencia, sensibilización, seguimiento y evaluación

Los Estados miembros han de garantizar la plena transparencia acerca de los derechos y obligaciones que se deriven de la Directiva, incluida la puesta a disposición del público del tipo de interés legal de demora aplicable (art. 8). La Comisión deberá publicar en Internet información detallada sobre los tipos de interés legales vigentes en los Estados miembros. En una labor formativa, el art. 8 considera que determinado tipo de instrumentos como las publicaciones profesionales o campañas de promoción por parte de las asociaciones de empresarios y de las Administraciones públicas, pueden ayudar a sensibilizar sobre los medios que existen para combatir la morosidad. Creemos que la Directiva, en el apartado 4 de este precepto ha reflejado, como anticipaba en el considerando 34, la importancia de que los Estados miembros fomenten el recurso a la mediación y a otros medios alternativos de solución de conflictos (aunque con menos acierto ya que el art. 8.4 no los cita expresamente) así como que animen a la elaboración de códigos voluntarios de conducta para combatir la morosidad.

La Directiva establece un sistema de seguimiento y evaluación para garantizar su aplicación efectiva. Para ello, impone a la Comisión, siguiendo una práctica que es habitual en el ámbito comunitario, la obligación de presentar al Parlamento y al Consejo un informe sobre la aplicación de la Directiva (art. 11)

4.4.9 Fecha límite para la transposición

Respecto al plazo de transposición de la Directiva a los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros (16 de marzo de 2013 conforme al art. 12). Nos parece oportuno indicar que algunos Estados miembros se han anticipado a la fecha límite de transposición

de la Directiva y han elaborado normas para luchar contra la morosidad en su territorio. Incluso antes de la aprobación de la Directiva, la Ley de Modernización de la Economía francesa n° 2008-776¹³⁶ introdujo algunas medidas para paliar la morosidad que se aplicaron desde enero de 2009, o en España, Ley 15/2010, de 5 de julio, de cuyo estudio nos ocuparemos en los siguientes capítulos.

El art. 12.4 permite a los Estados miembros decidir sobre la retroactividad o irretroactividad de estas medidas. En su normativa nacional podrán establecer la exclusión de su ámbito de aplicación a los contratos celebrados antes del 16 de marzo de 2013. La Directiva no tiene carácter retroactivo y el régimen aplicable en los contratos celebrados antes del 16 de marzo de 2013 es el que deriva del Derecho nacional aprobado como consecuencia de la transposición de la Directiva 2000/35/CE.

Aunque de todas estas cuestiones que hemos descrito en este epígrafe 4.4 nos ocuparemos con mayor profundidad en los capítulos siguientes, hemos querido aquí reseñar brevemente las principales modificaciones del régimen comunitario sobre morosidad en los pagos mercantiles.

5. La valoración de la Directiva

5.1. La valoración de la Directiva desde el punto de vista doctrinal

En cuanto a las aportaciones doctrinales acerca de la Directiva 2000/35/CE y ciñéndonos al ámbito español, un sector doctrinal se

¹³⁶ <http://www.minefe.gouv.fr/imprim/imprime.php>, Esta ley fue publicada en el Journal Officiel el martes 5 de agosto de 2008. Algunas de estas medidas fueron la limitación de la voluntad de las partes en el establecimiento de plazos, la posibilidad de aplicación de la ley de forma gradual por sectores económicos a través de las organizaciones profesionales, normativa especial para determinados alimentos o el compromiso del Estado a la reducción de sus plazos de pago.

mostró muy crítico con este texto¹³⁷ por las razones que resumimos a continuación:

En primer lugar, consideran que las normas comunitarias en materia de morosidad se basan en un diagnóstico erróneo de la situación¹³⁸. El fallo principal de las normas contra la morosidad, según estos autores, es que restringen el contenido de la libertad contractual en este tipo de contratos al imponer plazos y otras condiciones de pago, cuando las dificultades reales de las empresas en su papel de acreedores comerciales se sitúan, creen, en otro ámbito: en el de la protección de sus derechos y obligaciones dimanantes del contrato. Sea cual fuere el contenido de los contratos, lo que demandan las empresas es que los juzgados y tribunales exhiban mayor eficacia respecto a quienes incumplen impunemente sus obligaciones contractuales. Por otra parte, y por la conveniencia de reforzar los mecanismos judiciales que castigan al que incumple voluntariamente, merecen un juicio más positivo, en cambio, las disposiciones de la Directiva que obligan a los Estados miembros a reformar los procedimientos judiciales y a introducir reglas más exigentes para las deudas y los pagos de las Administraciones Públicas. Como hemos tenido ocasión de reseñar al tratar del estado de la cuestión, estas dos razones que se acaban de citar han constituido importantísimas motivaciones para que las instituciones comunitarias se plantearan la regulación de la morosidad ante los graves problemas que la misma lleva a las empresas de los Estados

¹³⁷ Abiertamente críticos con la Directiva, con recurso a la técnica del análisis económico del derecho, ARRUÑADA, B., "La Ley contra la morosidad comercial", *Indret, Working Paper* n° 237, Barcelona, julio de 2004, www.indret.com; del mismo autor *La Directiva sobre morosidad: una mala solución para un falso problema*, Marcial Pons, Madrid, 1999. Asimismo ALFARO ÁGUILA-REAL, J., "La nueva regulación del crédito comercial: una lectura crítica de la Directiva y de la Ley contra la morosidad", *Indret, Working Paper* n° 296, Barcelona, julio de 2005, www.indret.com. También MARCOS FERNÁNDEZ, F., "El aplazamiento y la morosidad en las obligaciones contractuales en el sector comercial", *Anuario de Derecho concursal*, 5, 2005, p. 310 quien afirma que las medidas de protección del acreedor introducidas por la Directiva están fundadas en un paternalismo injustificado que restringe sin causa la autonomía de la voluntad de las partes contratantes

¹³⁸ Así, según ARRUÑADA, B. *La Directiva sobre morosidad.. cit.* p. 14, la propuesta de directiva se fundamenta en observaciones incompletas y sesgadas de la situación, la cual ha sido además, analizada de manera defectuosa

miembros de la Unión Europea y al funcionamiento del mercado interior.

En segundo lugar, estos autores consideran que la armonización de los plazos de pago y de los intereses de demora a través de una Directiva no parece justificada ya que, en su opinión¹³⁹ no hay buenas razones para pensar que exista un fallo de mercado que exija la intervención del legislador europeo limitando la libertad contractual. No podemos mostrarnos de acuerdo con esta última afirmación; en nuestra opinión la intervención del legislador limitando la libertad contractual, si no querida, sí por lo menos hemos de reconocer que se ha mostrado totalmente necesaria. La libertad contractual a la hora de pactar las condiciones de pago ha llevado a la comisión de abusos por parte de la contraparte fuerte (en este caso el cliente) frente al proveedor y éste carece de medios legales efectivos para reclamar en plazo razonable el pago de la deuda. Del mismo modo que la LCGC se aplica también al empresario, y por tanto se pueden llegar a anular determinadas cláusulas contractuales en aras de la protección de la parte débil, hay razones de justicia y de necesaria tutela de los intereses de aquellos proveedores o suministradores de servicios que carecen de la fuerza suficiente como para exigir el pago en plazo razonable a sus clientes. Ello supone, además, perjuicios evidentes para los consumidores desde el momento en el que el proveedor, sabedor del retraso en los pagos, va a incorporar al precio del producto o del servicio una cantidad adicional que cubra el perjuicio por el desfase en el pago. Con ello se encarecen los precios. Además, las demoras en los pagos afixian a las PYMEs, lo que es más patente en tiempos de crisis como los actuales¹⁴⁰.

¹³⁹ v. ALFARO ÁGUILA-REAL, J., "La nueva regulación del crédito comercial..." cit. p. 24, ARRUÑADA, B. *La Directiva sobre morosidad.* cit. p. 21

¹⁴⁰ Constantemente aparecen en prensa noticias en las que se pone de manifiesto ese "fallo del mercado" que justifica la intervención del legislador en materia de morosidad, noticias en las que se denuncia por ejemplo el alto porcentaje de empresas que pagan con retraso, (<http://www.diariojuridico.com/actualidad/noticias/casi-un-59-de-las-empresas-paga-con-retraso-en-espana.html>); o cómo los retrasos en los pagos por parte de las Administraciones les sufren finalmente los usuarios de servicios sanitarios, por los recortes en los gastos de

En tercer lugar, en opinión de este sector doctrinal, los efectos prácticos de la Directiva iban a ser, previsiblemente, limitados. No parece que puedan cambiarse las prácticas comerciales aunque la norma refuerce la posición negociadora de los proveedores ante las exigencias de aplazamiento por parte de los distribuidores; aquellos podrán alegar ahora, frente a la petición de éstos, su carácter contrario a normas imperativas lo que no debería dejar de tener efecto sobre tales peticiones. Pero debemos tener en cuenta que la consideración a que aluden estos autores hace referencia a un caso concreto (las relaciones entre proveedor/distribuidor), y en la norma se incluyen también las relaciones entre empresarios que no son distribuidores (así por ejemplo las Administraciones públicas o demandantes de servicios). No obstante, hay que reconocer que en este vaticinio, los autores críticos con la Directiva han acertado ya que sus efectos han sido muy limitados, como hemos tenido ocasión de constatar al analizar las causas que han llevado a su modificación 10 años después.

En cuarto lugar, consideraban que la Directiva no iba a reducir la insolvencia sino que más bien distorsionaría la relación "natural" entre el crédito comercial y el crédito financiero a favor de éste último¹⁴¹. Los estudios empíricos, dicen estos autores, parecen

material en hospitales: <http://www.diarioinformacion.com/economia/2011/05/10/cc-oo-denuncia-recortes-limpieza-hospitales-morosidad-consell/1124997> y

<http://www.larazon.es/noticia/4408-andalucia-lidera-el-ranking-de-morosidad-sanitaria>

¹⁴¹ Tras caracterizar el crédito comercial y el crédito financiero y analizar las diferencias entre uno y otro, ALFARO ÁGUILA-REAL, J., "La nueva regulación del crédito comercial..." cit. p. 9 y 10 considera una paradoja la aprobación de la Directiva 2000/35, tras el fracaso de la recomendación de la Comisión de 1995. Según este autor las autoridades comunitarias, al comprobar las diferencias entre los países del norte y del sur de Europa en cuanto a los plazos y retrasos en los pagos, están preocupadas por el exceso de crédito comercial y de morosidad en los pagos entre comerciantes en Europa. Y justifican la Directiva en la protección a los proveedores frente a los largos plazos y demoras en el pago que les imponen sus clientes. Este autor, con cita de ARRUÑADA, considera dudosamente razonable esta interpretación de los hechos ya que, en su opinión, si los aplazamientos son consecuencia del monopolio no se entiende por qué el distribuidor tiene que recurrir a plazos de pago largos para explotar al proveedor. La justificación concreta para la promulgación de la Directiva está contenida en el considerando 7 "onerosas cargas administrativas y financieras pesan sobre las empresas, y especialmente las pequeñas y medianas...". Este argumento, en opinión de ALFARO ÁGUILA-REAL, es difícil de aceptar porque considera que se mezclan dos cosas: los plazos contractuales de pago largos y los retrasos en los pagos

demostrar que son los países con un sistema bancario más eficiente y de mayor tamaño los que presentan mayor proporción de crédito comercial frente al financiero y que las empresas más pequeñas son, también, las que más recurren al crédito de sus proveedores para financiarse en vez de acudir a la financiación bancaria, que les supone un mayor coste. No obstante, debemos tener en cuenta, pese a lo señalado por estos autores, que la utilización del crédito comercial como alternativa a la financiación bancaria, fenómeno propio del tráfico mercantil tradicional, ha producido en los últimos tiempos un alargamiento excesivo en los plazos de pago y un retraso en el cumplimiento de las obligaciones que ha provocado la morosidad contra la que la Directiva pretende luchar.

Por último, defienden la unificación del sistema judicial¹⁴² de manera que se tarde lo mismo en cobrar forzosamente una deuda en cualquier punto de Europa. Sin embargo, consideraban que no estaba justificado armonizar el Derecho privado contractual supletorio, que es lo que hacía la Directiva convirtiéndolo en imperativo. Además, señalaban que el propio legislador comunitario olvida que la Directiva es de mínimos (art. 6.2), de modo que si los Estados pueden establecer regulaciones más favorables para el acreedor, la uniformidad en las condiciones no se garantiza, es más, se está garantizando (o al menos es previsible) que habrá normas sustancialmente diferentes en los distintos Estados miembros.

Una parte de la doctrina, sin oponerse abiertamente a la Directiva ha mostrado algunas objeciones a la misma. En algunos casos al plantear dudas respecto de la competencia de la Unión Europea para

(legales o pactados) mientras que sólo los últimos son los que provocan los problemas de insolvencia. ALFARO ÁGUILA-REAL, J., "La nueva regulación del crédito comercial..." cit. p. 11
¹⁴² En la línea del Reglamento 44/2001, del Consejo de 22 de diciembre de 2000 relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil.

regular la morosidad¹⁴³. En otros casos¹⁴⁴ y aun aceptando que la unidad de mercado requiere de una armonización del Derecho de la morosidad, al considerar que la intervención legislativa debería de haberse reducido al mínimo necesario y no llevarse a cabo con la amplitud con que se ha efectuado ya que atenta contra la libertad de pacto del Derecho de obligaciones y contratos.

Otro sector más numeroso de la doctrina española¹⁴⁵, al cual nos adscribimos, se mostró, sin embargo, partidario de la norma por entender que permitía que el sector público y el sector privado se hallaran en el mismo plano de igualdad, lo que no estaba tan claro al comienzo de las negociaciones de conciliación entre el Consejo, la Comisión y el Parlamento Europeo.

Manifestaban su acuerdo con el plazo de pago de 30 días, que determina un marco común para todos los Estados miembros de la Unión Europea. En consecuencia, a falta de acuerdo escrito, los compradores deberán abonar las facturas 30 días después de que

¹⁴³ Según VICIANO PASTOR, J., "La regulación de los aplazamientos de pago en Europa..." cit. p. 173, la Comisión parte de la presunción de que la morosidad está obstaculizando el correcto funcionamiento del mercado interior y de ahí deduce la competencia de la Unión para regularla. En opinión de este autor el artículo 114 TFUE (antiguo artículo 95 TCEE en el que se basa la Directiva) no atribuye una competencia legislativa ilimitada a la Unión Europea sino que sólo atribuye potestad cuando la legislación estatal impida el funcionamiento y establecimiento del mercado interior. No se comprende por qué los regímenes estatales de regulación de la morosidad afectan al funcionamiento y establecimiento del mercado interior y sin embargo no ocurre lo mismo con el régimen de los vicios ocultos o el saneamiento por evicción por poner algunos ejemplos (op. cit. p. 176).

¹⁴⁴ V. PERALES VISCASILLAS, M.P., *La morosidad en las operaciones comerciales entre empresas, Ley 3/2004 y Directiva 2000/35*, Aranzadi, Navarra, 2006, p. 32 y 33

¹⁴⁵ Aquí podemos citar especialmente: ALBIEZ DOHRMANN, K.J., "El control de contenido de las cláusulas de morosidad en las operaciones comerciales (A propósito del artículo 9 de la Ley 3/2004, de 29 de diciembre)", cit. pp. 209-238; BRACHFIELD, P., *La lucha contra la morosidad*, Gestión 2000, Barcelona, 2006; CUARTERO RUBIO, M.V., "La lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales", *Diario La Ley*, nº 6581, 31 de octubre de 2006, pp. 1 a 5; DÍEZ-PICAZO GIMENEZ, G., "La Directiva 2000/35/CE sobre la mora debendi en las obligaciones comerciales. Un eficaz intento para luchar contra la morosidad", en AA.VV., *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Luis Díez-Picazo*, Civitas, Madrid, 2003, t. II, pp. 1731-1747; LEMA DEVESA, C. y TATO PLAZA, A., "La ley de medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales y su incidencia en el comercio minorista", *DN*, 183, 2005, pp. 5-15; SALAZAR ROMERO, J.A., "La lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales: comentario a la Directiva 2000/35", *Revista General de Derecho Europeo (Digital)*, nº 4, 2004; del mismo autor "La Directiva 2000/35/CE contra la morosidad en las operaciones comerciales: balance descriptivo del periodo de aplicación 2004-2006", *Revista General de Derecho Europeo (Digital)*, nº 12, 2007; SORIANO GARCÍA, J.E., *Lucha contra la morosidad*, Madrid, 2006 y ZAHINO RUIZ, M.L., "La transposición de la Directiva 2000/35/CE..." cit., p. 350

lleguen éstas a su poder o 30 días después de haber recibido las mercancías. Consideraban que con la Directiva se intenta conseguir la protección para los proveedores contra los abusos de los clientes poderosos que puedan dar lugar a la anulación de los contratos o al abono de indemnizaciones pecuniarias.

Señalaban como otro aspecto favorable de la Directiva la introducción de la reserva de dominio que permite al vendedor que no ha cobrado reclamar sus bienes, si bien, como tendremos oportunidad de analizar en el capítulo IV los términos en los cuales esta figura jurídica ha sido desarrollada no han resultado satisfactorios.

Asimismo supone un acierto el tipo de interés de demora que establece la Directiva: el aplicado por el Banco Central Europeo a su más reciente operación de refinanciación más 7 puntos porcentuales ya que se trata de un interés moratorio lo suficientemente elevado para compensar al acreedor por los costes financieros sufridos cuando los clientes se retrasen en el abono de las facturas. Los procedimientos de reclamación de deudas, que permiten obtener al demandante un título ejecutivo como máximo 90 días después de presentar la demanda, pueden suponer un instrumento muy eficaz contra los morosos recalcitrantes. Mediante la fijación semestral del tipo de interés de demora, el artículo 3 simplifica el cálculo de los intereses moratorios.

Y, finalmente, el artículo 3.5 permite a las patronales, federaciones empresariales o cualquier otro tipo de asociación de empresarios actuar ante los tribunales, con arreglo a la legislación nacional¹⁴⁶, en defensa de los intereses de sus representados cuando existan compradores que apliquen cláusulas contractuales abusivas en perjuicio de los proveedores. Esta disposición permite que los

¹⁴⁶ Recordemos que en España, ya la LCGC reconoce desde el año 1998 las acciones colectivas de cesación, de retractación y declarativa, en los artículos 12 y ss. y otorga legitimación activa para su ejercicio a las asociaciones empresariales. Sobre la transposición al Derecho español de la Directiva en esta materia remitimos al capítulo III de esta tesis.

representantes legítimos de los empresarios puedan actuar contra las empresas que abusan de su poder de negociación, y de este modo los afectados no podrán ser objetivo directo de represalias comerciales.

5.2 La valoración sustancial de la Directiva

No obstante, a pesar de manifestar nuestra opinión favorable a la elaboración de la Directiva y a las medidas en ella contenidas, queremos referirnos a algunas materias que se omitieron en la Directiva 2000/35/CE y cuya regulación hubiera podido contribuir a mejorar su efectividad. Estas cuestiones se encuentran en algunas de las propuestas presentadas por la Comisión, el Parlamento Europeo y el Comité Económico y Social¹⁴⁷, que no fueron finalmente incorporadas en la Directiva debido a la posición contraria del Consejo de la UE. Estas propuestas, al igual que lo está la Directiva, trataban de proteger a las empresas frente a la morosidad y a las negativas consecuencias de los plazos de pago dilatados, en especial a amparar a las PYMES, por eso la norma se consideró “tibia” o insuficiente en medios empresariales. Entre las enmiendas y proposiciones que no prosperaron y que consideramos de especial interés podemos citar las siguientes:

En primer lugar, la invitación que la *Recomendación 95/198/CE, de 12 de mayo, relativa a los plazos de pago en las transacciones comerciales* hacía en su artículo 2 a los Estados miembros para permitir que las empresas y en particular los pequeños negocios, pudieran aplazar el pago del IVA hasta el cobro real de las facturas en las que se devengaba el impuesto. Las pequeñas y medianas empresas continúan reivindicando la adopción de esta medida¹⁴⁸, que

¹⁴⁷ V. BRACHFIELD, P., *La lucha...* cit. p. 255 y ss.

¹⁴⁸ Plasmada por ejemplo en el Informe sobre la morosidad en las operaciones comerciales, publicado por el Observatorio Pyme en marzo de 2010, p. 25 <http://www.ipyme.org/Publicaciones/InformeMorosidadOperacionesComerciales.pdf> y, como

la Directiva finalmente no recogió, como una de las herramientas de lucha contra la morosidad. Respecto de esta cuestión debemos recordar que los Estados miembros tienen que adaptar su normativa a la Directiva 2010/45/UE, de 13 de julio¹⁴⁹, por la que se modifica la Directiva 2006/112/CEE relativa al sistema común del impuesto sobre el valor añadido en lo que respecta a las normas de facturación, que permite a los países el cambio de criterio del abono de las facturas al criterio de caja¹⁵⁰.

En segundo lugar, la enmienda contenida en el artículo 3.1 de la Propuesta modificada de Directiva de 1998, según la cual, si la fecha de vencimiento superaba los 45 días naturales (la enmienda del Parlamento preveía un plazo de 60 días que la Comisión redujo a 45, para evitar períodos excesivamente largos de pago¹⁵¹) a partir de la fecha de recepción de la factura, el comprador proporcionaría al vendedor un pagaré especificando la fecha de pago y avalado por una entidad de crédito. En esa misma propuesta modificada aparecía otra medida referente a los pagos de las Administraciones y organismos públicos, en el artículo 8.1 (fijando un límite de 60 días naturales) que hubiera acotado sensiblemente los plazos de pago del sector público, especialmente para los importes más pequeños y para los contratos de suministro. La ausencia de esta última medida en la redacción de la Directiva 2000/35/CE se ha solventado en la

ya se ha indicado anteriormente, en el Informe de 8 de noviembre de 2010 de la Federación Nacional de Asociaciones de Trabajadores Autónomos (ATA), p. 5, que puede consultarse en la página web: <http://www.ata.es/imagenes/publicacionesPdf/publicacion21.pdf>

¹⁴⁹ Hasta el momento sólo Estonia (a través de una norma que se publicó el 27 de marzo de 2012 y entrará en vigor el 1 de enero de 2013) y Lituania (por medio de una norma cuya publicación y entrada en vigor tuvo lugar el 29 de diciembre de 2011) han comunicado a la Comisión la adopción de las medidas nacionales de transposición, que pueden consultarse en <http://eur-lex.europa.eu/Notice.do?val=646504:cs&lang=es&list=646504:cs,&pos=1&page=1&nbl=1&pgs=10&hwords=&checktexte=checkbox&visu=#texte>

¹⁵⁰ Como ya se ha indicado en la nota 18, para realizar la transposición en España se presentó una Proposición de Ley de modificación de la Ley 37/1992, de 28 de diciembre, del Impuesto sobre el Valor Añadido, para permitir a las PYMES y autónomos no tributar por el IVA de las facturas no cobradas por el grupo parlamentario popular en el congreso el 19 de octubre de 2009. Esta proposición no prosperó.

¹⁵¹ Según reconce la propia Comisión en la Exposición de Motivos de la *Propuesta modificada de Directiva del Parlamento europeo y del Consejo por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las transacciones comerciales*, COM (1998) 615 final, p. 5

redacción de la Directiva 2011/7/UE, ya que el artículo 4.3 establece como límite 30 días para el pago por parte de las Administraciones públicas.

En tercer lugar, la enmienda 17 de la *Resolución legislativa del Parlamento Europeo de 16 de diciembre de 1999 sobre la posición común del Consejo*, que proponía una redacción mucho más clara y comprensible que la que aparece en la Directiva 2000/35 acerca de los gastos de cobro que puede reclamar el acreedor al deudor. De nuevo ha sido la Directiva 2011/7/UE la que, en su artículo 6, ha incorporado esta medida¹⁵².

En cuarto lugar, la enmienda 19 de la *Resolución legislativa del Parlamento Europeo del 16 de diciembre de 1999 sobre la Posición común del Consejo* al respecto de las cláusulas abusivas que proponía una nueva redacción del artículo 3.3. En el texto definitivo de la Directiva 2000/35/CE, para determinar si un acuerdo era manifiestamente abusivo para el acreedor se tenía en cuenta, entre otros factores, si el deudor tenía alguna razón objetiva para apartarse de lo dispuesto en las letras b) a d) del apartado 1 y en el apartado 2. En la versión definitiva se eliminó la frase "o si el acuerdo sirve únicamente para proporcionar al deudor una liquidez adicional a costa del acreedor"¹⁵³ que hubiera sido otro criterio para determinar ese carácter abusivo junto con el antes citado.

En relación con la cláusula de reserva de dominio, la Comisión optó por un enfoque práctico, de modo que se pudiera constituir de la forma más sencilla y sin formalismos: bastaría con una cláusula en el contrato de compra-venta, en la factura o en cualquier otro documento que hiciera referencia a ella, de manera que todas las operaciones comerciales podrían gozar de una reserva de dominio. La

¹⁵² Este precepto establece una cantidad fija (mínimo 40 euros), que se pagará sin necesidad de reclamación. Además de esta cantidad fija se reconoce el derecho a reclamar, entre otros, los gastos que el acreedor haya realizado para contratar los servicios de un abogado o de una agencia de gestión de cobro

¹⁵³ Esta referencia, en cambio, sí se incluyó en la Ley española 3/2004 de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales, en su artículo 9.1

Directiva 2000/35 no recogió esta propuesta contenida en el texto de 1998, ya que indica que se debe convenir expresamente una cláusula de reserva de dominio entre comprador y vendedor antes de la entrega de las mercancías¹⁵⁴. Como más adelante indicaremos, la redacción de la Directiva en materia de reserva de dominio, como consecuencia de los divergentes criterios mantenidos por el Consejo y el Parlamento, resultó realmente desafortunada.

En sexto lugar, el artículo 6 de la Propuesta modificada de Directiva, que hacía referencia a los procedimientos judiciales simplificados para la reclamación de deudas de escasa cuantía (hasta 20.000 euros), fue eliminado durante el procedimiento de conciliación por discrepancias en el seno del Consejo¹⁵⁵. Creemos que es una oportunidad perdida la supresión de un precepto muy necesario en algunos Estados de la Unión Europea, entre ellos España, ya que la mayoría de las deudas reclamadas judicialmente no superan los 20.000 euros en las PYMES y la existencia de procedimientos rápidos, sencillos y de bajo coste hubiera sido un arma muy eficiente contra los morosos. No obstante, debemos indicar que esta situación cambió tras la aprobación del Reglamento 1896/2006, del Parlamento europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006 por el que se establece un proceso monitorio europeo¹⁵⁶

En séptimo lugar, el Dictamen en primera lectura del Parlamento Europeo sobre el texto de la Propuesta de la Comisión incorporaba un nuevo artículo, el 7 bis dedicado a las “agencias de cobro de deudas”, con el objetivo de conseguir la regulación armonizada de las empresas de cobro de impagados en todos los Estados de la Unión Europea para acabar con ciertas prácticas irregulares que tienen lugar

¹⁵⁴ Al ocuparnos de la adaptación de la regulación de la reserva de dominio a la ley española describiremos con más detalle la evolución de esta materia a lo largo de la elaboración de la Directiva y la desacertada regulación final, que no se ha corregido tampoco en la Directiva 2011/7/UE

¹⁵⁵ BRACHFIELD, P. *La lucha...* cit. p. 260

¹⁵⁶ En España se aplican al proceso monitorio los arts. 812 y ss de la Ley 1/2000, de 7 de enero de Enjuiciamiento civil, que han sido modificados por la ley 13/2009, de 3 de noviembre de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva oficina judicial.

en algunos países, (como por ejemplo España¹⁵⁷). El Parlamento intentaba establecer una normativa básica para impedir las malas prácticas de algunas agencias de cobros, que cometían abusos contra los deudores o incluso apropiaciones indebidas de las cantidades recobradas. Que estas agencias estén bajo la supervisión de un organismo público, así como la exigencia de que los directivos carezcan de antecedentes penales y tengan una formación mínima, son garantías para evitar las amenazas, coacciones y extorsiones a los deudores y son esenciales para evitar la actuación al margen de la legalidad¹⁵⁸. La Directiva no ha incorporado normativa al respecto, lo que es criticable.

El Consejo de la Unión Europea también se opuso a la inclusión de un artículo 7 sobre la transparencia en los contratos públicos que se sugirió en la Propuesta modificada de Directiva presentada por la Comisión en octubre de 1998. No sólo en los contratos públicos, sino en general sobre los derechos y obligaciones que emanen de la Directiva, el artículo 8 de la Directiva 2011/7/UE impone a los Estados miembros la obligación de garantizar la “plena transparencia sobre los derechos y obligaciones que emanen de la presente Directiva”, con lo cual parece que se soluciona el problema, al menos desde el punto de vista teórico.

Tampoco se tuvo en cuenta lo dispuesto en el Dictamen del Comité Económico y Social sobre la Propuesta de Directiva del Parlamento y del Consejo, que instaba a los Estados miembros a prever

¹⁵⁷ Así la humillación pública o las prácticas de presión violentas. Por citar un ejemplo: un diario de ámbito nacional publicaba un caso en el que tres empleados de la empresa El Cobrador del Frac fueron detenidos por la Guardia Civil en Dalías (Almería), acusados de los delitos de allanamiento de morada, detención, amenazas y coacciones. En esta noticia se constataba que en el sector de las agencias de cobro de deudas estaban proliferando pequeñas empresas que recurrían, en ocasiones, a métodos intimidatorios (<http://www.elmundo.es/sudinero/99/SD176/SD176-06.html> el 13 de junio de 1999)

¹⁵⁸ En España, con la intención de establecer una regulación en esta materia el grupo parlamentario de Convergencia i Unió presentó en el Congreso de los Diputados una proposición no de ley relativa a la necesidad de regular el marco de actuación de las empresas de reclamación de deudas y del cobro de impagados (BOCG núm. 72, de 26 de septiembre de 2008) Esta proposición fue aprobada en el Congreso de los diputados el 17 de marzo de 2009 (BOCG núm. 167, de 17 de marzo de 2009). Pero hasta el momento no se ha aprobado ninguna norma al respecto.

disposiciones de Derecho de la competencia en la lucha contra las prácticas comerciales desleales de manera que se declararan ilícitas las cláusulas abusivas de plazos de pago anormalmente largos que excedan del ciclo medio de venta (más de 60 días) sin razones legítimas.

Además, la Comisión quería instaurar un plazo de 21 días naturales, a partir de la fecha de la factura, para el pago de las operaciones comerciales, plazo de carácter supletorio, esto es, en defecto de plazo pactado entre comprador y vendedor. Sin embargo, el Consejo decidió que ese plazo debía ser de 30 días. El *dies a quo* sería el día en el que el deudor hubiera recibido la factura o una solicitud de pago equivalente.

Por último, el tipo de interés moratorio, que se calcula al incrementar en 7 puntos porcentuales el tipo de interés de la última operación principal de financiación del Banco Central Europeo antes del primer día natural del semestre de que se trate, es inferior a los 8 puntos que pretendía la Comisión¹⁵⁹. Como ya hemos indicado al ocuparnos del proceso de redacción de la Directiva esta decisión se tomó como una solución para conciliar las diferentes posturas mantenidas por el Consejo (que era partidario de incrementar el tipo de interés moratorio en 6 puntos) y la Comisión que pretendía que fuera de 8 puntos sobre el fijado por el BCE.

Una vez analizados los aspectos que, en nuestra opinión de manera desacertada, la Directiva 2000/35 no incluyó en su regulación y continuando con la valoración sustancial de la misma debemos referirnos a la evaluación de sus resultados. En el art. 6.5 de la Directiva 2000/35, indica que dos años después de finalizar el plazo de transposición, la Comisión evaluará su aplicación y los resultados

¹⁵⁹ Como indica BRACHFIELD, P.J., *La lucha...* cit. p. 263 esta tasa de mora es inferior al tipo de interés de demora que aplican las entidades bancarias por los descubiertos en cuenta, por lo que su capacidad disuasoria para evitar que los compradores sigan utilizando el crédito comercial que les ofrecen sus proveedores para financiar sus necesidades de capital de trabajo, es bastante cuestionable.

de esta evaluación se comunicarán al Parlamento Europeo y al Consejo, acompañados, cuando se considere necesario, de propuestas para mejorar la Directiva.

La Comisión, a la vista de que cualquier evaluación de los datos sobre la morosidad en las operaciones comerciales realizadas en los nuevos Estados miembros, cuya fecha concreta de entrada en la Unión Europea no podía preverse durante el proceso de elaboración de la Directiva, debería contar con un plazo de tiempo más amplio, decidió esperar hasta finales de 2004. Fue entonces cuando inició el procedimiento de licitación pública, que terminó en 2005, con el objeto de que un equipo externo a la propia Comisión Europea investigase los efectos, tanto económicos como legislativos, derivados de la aplicación de la Directiva¹⁶⁰. Dicho grupo concluyó sus trabajos en octubre de 2006, trabajos que quedaron plasmados en el documento: *Review of the effectiveness of the European legislation in combating late payments*¹⁶¹. Según este informe (p. 13), un efecto positivo de la Directiva ha sido que la media de los retrasos en los pagos ha descendido, en cómputo general, ya que en 1995 era de 15.7 días y se pasó a 12.9 días en 2005. Otro efecto positivo es que la percepción sobre la morosidad ha cambiado, ya que antes era vista en algunos países como “parte de nuestra cultura” y actualmente comienza a percibirse como un abuso inaceptable. Como efecto negativo, el documento afirmaba que la Directiva no había producido el efecto armonizador esperado, ya que persistían las diferencias entre los períodos de pago en los distintos Estados miembros (ya que según el informe la situación en algunos Estados miembros había mejorado sólo modestamente o, incluso había empeorado)

La Comisión Europea, explorando posibilidades de proponer reglas más eficaces para combatir la morosidad, realizó una consulta

¹⁶⁰ SALAZAR ROMERO, J.A., “La Directiva 2000/35/CEE contra la morosidad en las operaciones comerciales: balance descriptivo del período de aplicación 2004-2006”, *Revista General de Derecho Europeo (Digital)*, nº 12, 2007, p. 6

¹⁶¹ Examen de la eficacia de la legislación comunitaria de lucha contra la morosidad, http://ec.europa.eu/enterprise/regulation/late_payments/further_reading.htm

pública, que se cerró en agosto de 2008, en la que solicitaba opinión acerca de cuáles eran los problemas en los retrasos en los pagos y las posibles formas de mejorar la situación¹⁶². El 25 de junio de 2008, la Comisión Europea dio a conocer la Comunicación *Pensar primero a pequeña escala (Small Business Act)*¹⁶³ en la que se propusieron medidas legislativas en cuatro ámbitos que afectan a las PYMES. Entre estas medidas legislativas, se refería a una modificación de la Directiva comunitaria sobre morosidad, que contribuiría a garantizar el pago a las PYME dentro del plazo de 30 días estipulado. Como hemos visto en epígrafes anteriores este proceso de modificación se puso en marcha por medio de la propuesta de modificación de la Directiva 2000/35/CE que culminó con la publicación de la Directiva 2011/7/UE.

5.3 Breve valoración final del contenido de la Directiva y de su reforma

Para concluir con este capítulo, haremos una breve valoración del contenido de la Directiva 2000/35/CEE y de su reforma llevada a cabo por la Directiva 2011/7/UE, ya que en los capítulos siguientes, cuando nos ocupemos de la incorporación de esta norma al Derecho español, se irán desarrollando los aspectos de las mismas que consideramos de mayor transcendencia.

La problemática situación a la que habían conducido los retrasos en los pagos en el ámbito europeo, justificaba en nuestra opinión la aprobación de una Directiva dirigida a combatir la morosidad que contiene importantes medidas que afectan tanto a las empresas como

¹⁶² Consulta pública "Retrasos en los pagos en operaciones comerciales: todavía un problema en la Unión Europea?", realizada desde el 29 de mayo hasta el 31 de agosto de 2008, http://ec.europa.eu/enterprise/regulation/late_payments/index.htm

¹⁶³ Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento europeo, al Comité económico y social europeo y al Comité de las regiones "Pensar primero a pequeña escala" "Small business act" para Europa: iniciativa en favor de las pequeñas empresas, COM(2008) 394 final, de 25 de junio de 2008

a los poderes públicos: el devengo automático de los intereses de demora, el establecimiento de un plazo de pago de 30 días y de un tipo de interés de demora en defecto de pacto entre las partes, el reconocimiento del derecho a reclamar, además de esos intereses de demora, una indemnización por los gastos de cobro, la nulidad de las cláusulas abusivas sobre plazos y tipos de interés, el pacto de reserva de dominio y los procedimientos de reclamación de deudas. Como ya hemos tenido ocasión de señalar en las páginas precedentes, el hecho de que el texto aprobado tuviera que ser consensuado debido a las divergentes posturas de las instituciones comunitarias hizo que el resultado no fuera todo lo satisfactorio que era deseable (ya que hubo medidas, en nuestra opinión importantes, que la Directiva no incluyó y a las que nos referiremos más adelante) y provocó también que con el paso del tiempo la norma se haya revelado insuficiente y que su eficacia práctica haya sido limitada, al no conseguir su objetivo de reducir la morosidad en el conjunto de la Unión Europea. Algunas de las carencias detectadas en el texto primitivo se intentaron solventar con la reforma de la Directiva en 2011 a la vez que se incorporaron medidas más eficaces en la lucha contra la morosidad, especialmente con respecto a los poderes públicos. Solo el tiempo dirá si este fin se ha conseguido. De momento y dada la delicada situación económica en la que se encuentra sumida la Unión Europea, no existen razones para ser muy optimistas. Aunque a este respecto consideramos una buena noticia la iniciativa que la Comisión Europea ha tomado recientemente, de organizar una campaña en los 27 Estados miembros y en Croacia¹⁶⁴ desde octubre de 2012 hasta diciembre de 2013. Como declara la propia Comisión¹⁶⁵ el fin de esta campaña es incrementar, entre las partes interesadas (*stakeholders*), especialmente las PYMES y los poderes públicos, el conocimiento de los derechos que les otorga la Directiva 2011/7/UE y un mejor

¹⁶⁴ Cuyo ingreso en la Unión Europea está previsto para el 1 de julio de 2013

¹⁶⁵ Según detalla en: <http://ec.europa.eu/enterprise/policies/single-market-goods/late-payment-campaign/>

ejercicio de los mismos; lo que se pretende es fomentar la cultura del “pronto pago” de las deudas derivadas de operaciones comerciales en todo el territorio de la Unión Europea.

CAPÍTULO III

LA INCORPORACIÓN DE LA DIRECTIVA 2000/35 AL DERECHO DE LOS ESTADOS MIEMBROS. LA INCORPORACIÓN AL DERECHO ESPAÑOL: LA LEY 3/2004, DE 29 DE DICIEMBRE POR LA QUE SE ESTABLECEN MEDIDAS DE LUCHA CONTRA LA MOROSIDAD EN LAS OPERACIONES COMERCIALES Y SU MODIFICACIÓN POR LA LEY 15/2010, DE 5 DE JULIO

1. La transposición de la Directiva 2000/35/CE en los Estados miembros

Aunque los Estados miembros, conforme a lo dispuesto en el artículo 6.1 que fijaba como límite el 8 de agosto de 2002, tenían dos años para transponer el contenido de la Directiva 2000/35/CE a sus respectivas legislaciones nacionales, sólo 8 de ellos cumplió dicho plazo. Con fundamento en el artículo 226 del Tratado de la Unión Europea (actual art. 258 TFUE), el 30 de septiembre de 2002 se iniciaron procedimientos contra los siete Estados miembros que no cumplieron el plazo establecido (Austria, España, Grecia, Holanda, Italia, Luxemburgo y Portugal)¹. Antes de finalizar el año 2002 Austria, Holanda e Italia habían adaptado su derecho nacional mediante la aprobación de las respectivas leyes, sin embargo, a principios de diciembre España, Grecia, Luxemburgo y Portugal todavía no habían notificado a la Comisión sus medidas de transposición. Como a continuación indicaremos, Grecia, Luxemburgo

¹ En el *Vigésimo informe anual sobre el control de la aplicación del derecho comunitario (2002)*, la Comisión Europea ponía de manifiesto que sólo ocho Estados miembros habían respetado el plazo de transposición, por lo cual, la Comisión inició procedimientos de infracción contra los siete Estados miembros incumplidores. *Vigésimo informe anual sobre el control de la aplicación del Derecho Comunitario (2002)*, COM/2003/0669final.; <http://eurlex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:52003DC0669:ES:HTML>

y Portugal la llevaron a cabo en el año 2003, mientras que España lo hizo, como sabemos, a finales del año 2004.

A la hora de realizar la transposición de la Directiva a sus respectivos derechos internos², la mayor parte de los Estados miembros eligieron como técnica legislativa la elaboración de una norma especial: Bélgica, la Ley de lucha contra el retraso en el pago en las transacciones comerciales de 2 de agosto de 2002, Dinamarca, la Ley N° 379, de 6 de junio de 2002 modificativa de la ley de intereses en los retrasos en el pago y la Orden N° 601 de 12 de julio de 2002 de gastos de cobro extrajudiciales en relación con los retrasos en el pago, Irlanda, el Reglamento N° 388 de 07 de agosto de 2002, Italia, el Decreto Legislativo N° 231 de 9 de octubre de 2002³, Reino Unido (excepto Escocia), la Ley de morosidad en las deudas comerciales N° 1674 de 7 de agosto de 2002, de reforma de la Ley de retrasos en los pagos en las deudas comerciales de 1998 y la Orden 2002 N° 1675, de 07 de agosto de 2002 sobre retrasos en los pagos en las deudas comerciales (tasa de interés), Escocia, la Ley de morosidad en las deudas comerciales N° 335, de 7 de agosto de 2002 y la Orden 2002 N° 336, Chipre, la Ley N° 73(I)/2003; publicada el 11 de julio 2003, Grecia, el Decreto presidencial N° 166/2003 (publicado el 5 de junio de 2003), Lituania, la Ley de la República de Lituania de prevención de la morosidad en las transacciones comerciales N° IX-1873 de 9 de diciembre de 2003, Polonia, la Ley de 12 de junio de 2003 de plazos de pago en transacciones comerciales, Portugal, el Decreto-Ley N° 32/2003 de

² http://ec.europa.eu/enterprise/regulation/late_payments/implementation.htm

Sobre la técnica legislativa utilizada por los diferentes estados miembros a la hora de transponer la Directiva v. ALBIEZ DOHRMANN, K.J., "El control de contenido de las cláusulas de morosidad en las operaciones comerciales (A propósito del artículo 9 de la Ley 3/2004, de 29 de diciembre)", *RDBB*, 103, 2006, p. 210. Asimismo, una exposición detallada de las normas de transposición de la Directiva en cada uno de los países de la Unión Europea la realiza ROMERO CANDAU, P. "Medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales (Ley 3/2004, de 29 de diciembre)", *El Notario del siglo XXI. Ensayos de actualidad*, Colegio Notarial de Madrid, 2006, p. 17.

³ Sobre la transposición al Derecho italiano de la Directiva, entre otros, ZACCARIA, A., "La Directiva 2000/35/CE sui ritardi di pagamento: I discostamenti, rispetto ad essa, del decreto italiano di attuazione", en AA.VV., *La armonización del Derecho de obligaciones en Europa*, (dir. Badosa Coll, F. y Arroyo i Amayuelas. E.), Valencia, 2006, pp. 429 y ss.

17 de febrero de 2003, España, la Ley 3/2004, de 29 de diciembre, por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales publicada en el BOE el 30 de diciembre de 2004 y Luxemburgo, la Ley de 18 de abril de 2004, relativa a los avisos de pago y los intereses de demora, publicada el 6 de junio de 2004.

Los demás países optaron por incorporar el contenido de la Directiva en su derecho preexistente mediante la modificación de determinadas normas, especialmente el Código Civil y el Código de Comercio. En el caso de Austria, a través de la Ley de modificación del derecho de intereses (*Zinsenrechts-Änderungsgesetz* BGBl I Nr 118/2002) y de la modificación de la cláusula de intereses de referencia y de la cláusula básica (*Änderung der Basis- und Referenzzinssatz* - VO, BGBl II Nr 309/2002), la República Checa, mediante la Ley N° 513/1991 modificativa del Código de Comercio, la Ley N° 40/1964 modificativa del Código Civil y Ley N° 99/1963 de Enjuiciamiento civil en su versión modificada, Eslovaquia, por la Ley de 10 de julio de 2003 que modifica y complementa la Ley N° 99/1963 (Proceso Civil) modificada y complementada por la Ley N° 328/1991 modificativa, de los procedimientos de insolvencia y la ley N° 513/1991 de 5 de noviembre de 1991 (Código de Comercio); y por la Ley N° 530/2003 de 28 de octubre de 2003 del Registro Mercantil y modificativa de algunas leyes, Eslovenia, a través de los artículos 13, 378, 380 y 520 del Código de las obligaciones (OG RS, N° 83/2001); el artículo 2 de la Ley de tipos de interés de demora fijados legalmente (OG RS, N° 56/2003; 135/2003); los artículos 488, 492 y 496 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (OG RS, N° 26/1999), Estonia, con la Ley de Derecho de obligaciones (LO) y la modificación de Ley de enjuiciamiento civil de 5 de junio de 2002, Finlandia, la Ley de intereses (633/1982) fue modificada por la Ley 340/2002, publicada el 10 de junio de 2002 y la Ley de condiciones de los contratos entre empresarios 1062/1993, modificada por la Ley

341/2002 publicada el 10 de junio de 2002, Hungría, modificando los artículos 200, 299, 301/A y 368 del Código Civil de 1959; los artículos 78, 313 a 323 y 398 de la Ley de Enjuiciamiento civil de 1952 en el año 2003; Letonia, modificando los artículos pertinentes del Código Civil en el año 2004 y de la Ley de Enjuiciamiento civil en el año 2003, Malta mediante la reforma de la parte VII de la Ley de promoción de los negocios publicada el 30 de enero de 2001, Países Bajos mediante las modificaciones al Código Civil publicadas el 14 de noviembre de 2002 y el 21 de noviembre de 2002⁴ y Suecia modificando una serie de normas en materia de contratos, sociedades e intereses aplicables a los pagos, reforma que entró en vigor el 1 de julio de 2002.

Casos peculiares, ya que utilizan ambos sistemas, son los de Alemania, donde se incluyó en la Ley de modernización del derecho de obligaciones de 26 de noviembre de 2001, además de ciertas modificaciones en el Código Civil (secciones 286, 288 y 247.138 con efectos desde el 1 de enero de 2002) y en la Ley de Enjuiciamiento civil (artículos 668-703 d, secciones 330-347)⁵ y Francia, donde se aprobó una ley especial en 2001 a la que ya hemos hecho referencia, y además se introdujeron modificaciones en otras normas, como el Código de Comercio y la Ley de Enjuiciamiento civil⁶.

Finalmente, en el caso de España, la tramitación parlamentaria dirigida a incorporar su contenido en la legislación nacional se inició

⁴ Acerca de la transposición al Derecho holandés, v. FREUDENTHAL, M., "Implementation of the Directive on late payments in the Netherlands", en AA.VV., *La armonización del Derecho de obligaciones en Europa*, (dir. Badosa Coll, F. y Arroyo i Amayuelas. E.), Valencia, 2006, pp. 407 a 427

⁵ Se ocupan de la transposición de la Directiva al Derecho alemán, entre otros: SCHULTE – NÖLKE, H., "The transposition of Directive 2000/35/EC on late payment into German national law", en AA.VV., *La armonización del Derecho de obligaciones en Europa*, (dir. Badosa Coll, F. y Arroyo i Amayuelas. E.), Valencia, 2006, pp.285-302, HEINRICHS, H., "Die EG-Richtlinie zur Bekämpfung von Zahlungsverzug im Geschäftsverkehr und die Reform des Verzugsrechts", en AA.VV., *Die Schuldrechtsreform vor dem Hintergrund des Gemeinschaftsrechts*, (Ed. Schulze, R y Schulte-Nölke, H.), Tubinga, 2001, pp. 81 y ss. , HÄNLEIN, A., "Die Richtlinie 2000/35/EG zur Bekämpfung von Zahlungsverzug im Geschäftsverkehr und ihre Umsetzung in Deutschland", *EuZW*, 2000, pp. 680 y ss.

⁶ MONFORT, C., "Transposition française de la Directive sur les retards de paiements: Rendez-vous manqué avec l'actualisation du Droit de obligations", en AA.VV., *La armonización del Derecho de obligaciones en Europa*, cit. pp. 381 y ss.

en junio de 2003, mediante la presentación de un proyecto de ley (Proyecto de ley 121/000162 por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales)⁷. Sin embargo, esta iniciativa caducó como consecuencia de la disolución de las Cortes Generales en 2004, lo que dio lugar, en la siguiente legislatura, a la presentación de un segundo proyecto de Ley, en junio de 2004 (Proyecto de Ley 121/000001 por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales)⁸, cuya tramitación concluyó con la aprobación de la Ley 3/2004, de 29 de diciembre, por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales. De todo este proceso daremos cuenta en detalle en este capítulo.

El Colegio de Comisarios de la UE consideró que la transposición era incompleta y denunció al Estado español ante el Tribunal de Justicia de Luxemburgo por la incorrecta transposición de la Directiva 2000/35/CE que establece medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales.⁹ No obstante, y como indicaremos al referirnos a la elaboración de la ley española, la sentencia del TJCE ha considerado correcta esa transposición.

Por lo que respecta a la transposición de la Directiva 2011/7/UE cuya fecha límite es, como hemos indicado, el 16 de marzo de 2013, conforme a los datos proporcionados por la Comisión Europea¹⁰ (teniendo en cuenta que la indicación de las medidas nacionales de ejecución no presupone que dichas medidas sean completas ni conformes) los únicos Estados miembros que han comunicado la adopción de medidas para la ejecución de la misma han sido la

⁷ BOCG, Congreso de los Diputados, [Serie A, núm.162-1, de 1 de julio de 2003]

⁸ BOCG, Congreso de los Diputados, [Serie A, núm. 1-1, de 24 de junio de 2004]

⁹ Asunto C-380/06 de la Comisión de las Comunidades Europeas contra el Reino de España, de 15 de septiembre de 2006.

¹⁰ Datos publicados en octubre de 2012 en la siguiente página web: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:72011L0007:EN:NOT>

República Checa, Chipre¹¹ y Rumanía¹². En Francia ya se ha producido la transposición de la Directiva por medio de la *LOI n° 2012-387 du 22 mars 2012 relative à la simplification du droit et à l'allégement des démarches administratives*¹³ que entrará en vigor el 1 de enero de 2013 y que ha modificado el artículo L-441-6 del Código de Comercio¹⁴.

2. Incorporación de la Directiva al Derecho español

2.1. Introducción y planteamiento

Al ocuparnos del estudio de los antecedentes de la Directiva 2000/35/CE en el capítulo II hemos observado que un punto de inflexión en la regulación de la morosidad en el ámbito comunitario fue, sin duda, la Recomendación 95/198/CE de 12 de mayo relativa a los plazos de pago en las transacciones comerciales. Ya antes, en España se empezó también a constatar el excesivo aplazamiento en los pagos y las cada vez más frecuentes situaciones de morosidad. Por ello desde el año 1993 se debatieron en el Congreso de los Diputados varias iniciativas¹⁵, de entre las que destaca la

¹¹ A través de *Nóμος*, Número: *N.123(I)/2012*; Diario Oficial: *Cyprus Gazette*, Número: *4349*, publicado el *27/07/2012*, Página: *01434-01442*, que entró en vigor el *27/07/2012*; Referencia: *(MNE(2012)53604)*

¹² Por medio de la *Ordonanță de Guvern*, Número: *13*; Diario Oficial: *Monitorul Oficial al României*, Número: *607*, publicada el *29/08/2011*, Página: *00002-00012*. Entró en vigor el *02/09/2011*; Referencia: *(MNE(2012)51931)*

¹³<http://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000025553296&fastPos=1&fastReqId=1599793428&categorieLien=id&oldAction=rechTexte>

¹⁴ Entre otras novedades establece que el interés legal será el del BCE aplicado a sus operaciones de financiación incrementado en 10 puntos, elevando por tanto el que se detalla en el artículo 2 de la Directiva (8 puntos).

¹⁵ Así por ejemplo, y entre otras, en la V legislatura, la Proposición no de ley del grupo parlamentario catalán (Convergència i Unió) por la que se crea una ponencia para analizar los plazos de pago entre empresas en el sector de la distribución y los problemas que se derivan como consecuencia de la morosidad en el cumplimiento de las obligaciones comerciales, BOCG Congreso de los Diputados, (Serie D, núm. 6, 14-16, de 14 de septiembre de 1993) y BOCG, Congreso de los Diputados, (Serie D, núm. 11, 9, de 27 de septiembre de 1993). A estos antecedentes se refieren MIRANDA SERRANO, L.M., *Aplazamientos de pago y morosidad entre empresas*, Marcial Pons, Madrid, 2008, p. 45 y ZAHINO RUIZ, M.L., "La transposición de la Directiva 2000/35/CE..." cit., p. 340.

constitución, el 1 de diciembre de 1993 por la Comisión de Economía, Comercio y Hacienda de una Ponencia ¹⁶, para analizar los plazos de pago entre empresas en el sector de la distribución y los problemas que se derivan como consecuencia de la morosidad en el cumplimiento de las obligaciones comerciales, ponencia que presentó su Informe el 31 de enero de 1995¹⁷. En este Informe sectorial se consideraba necesario adoptar medidas encaminadas a la mejora del funcionamiento del mercado en el sector de la distribución comercial. En concreto, respecto al plazo de pago, se proponían medidas que tuvieran como objetivo evitar el alargamiento de los plazos de pago que responde a situaciones de dominio en el mercado, penalizar el incumplimiento de los plazos de pago pactados, garantizar la información suficiente sobre los estados financieros de las empresas de distribución para que los proveedores puedan valorar el riesgo, mejorar la situación de las garantías documentarias de los proveedores ante los pagos aplazados, evitar posibles situaciones de competencia desleal, atenuar los riesgos que entraña para los proveedores de establecimientos comerciales la existencia de una cuantía elevada de deudas aplazadas y atenuar riesgos financieros y económicos en el sector de la distribución. Las principales recomendaciones que según este Informe debiera recoger una futura "Ley de comercio" eran las siguientes: a) consagrar la libertad de mercado para la fijación de las condiciones de pago, b) establecer cautelas generales (para lo que propuso por ejemplo una regulación del albarán más detallada) y garantías en el cumplimiento de los compromisos adquiridos cuando los plazos de pago acordados entre las empresas fueran superiores a 60 días (así por ejemplo la

¹⁶ La ponencia se constituyó el 1 de diciembre de 1993 y se disolvió el 9 de enero de 1996 (http://www.congreso.es/portal/page/portal/Congreso/Congreso/Iniciativas?_piref73_21482_95_73_1335437_1335437.next_page=/wc/servidorCGI&CMD=VERLST&BASE=IWI5&FMT=INITXDSS.fmt&DOCS=11&DOCORDER=FIFO&OPDEF=ADJ&QUERY=%28213%2F000146*.EXP D.%29)

¹⁷ *Informe de la ponencia para analizar los plazos de pago entre empresas en el sector de la distribución y los problemas que se derivan como consecuencia de la morosidad en el cumplimiento de las obligaciones comerciales*, BOCG, Congreso de los Diputados, Serie E, núm. 118, 1-6, de 6 de febrero de 1995.

formalización de un aval o un seguro de crédito y caución para aplazamientos de pago superiores a 120 días), c) dotar de un mayor rigor a la penalización de los incumplimientos contractuales sobre fecha pactada mediante la aplicación automática de intereses de demora a un tipo inicial equivalente a 1.5 veces el interés legal del dinero en vigor el último día del plazo pactado, que podría incrementarse conforme transcurriera el tiempo de incumplimiento de pago y d) garantizar la existencia de una información suficiente (mediante su presentación en el Registro mercantil) acerca de los estados contables de las grandes empresas de la distribución comercial puesto que de la mayor transparencia de las mismas se derivan para el mercado unos efectos que implican menores riesgos para los proveedores¹⁸.

Nos hemos referido a este Informe porque constituye el antecedente más próximo de las primeras normas españolas para luchar contra la morosidad: los artículos 16 y 17 de la Ley 7/1996, de 15 de enero, de ordenación del comercio minorista (en adelante LOCM)¹⁹ que se ocupaban de los plazos de pago y la morosidad como un problema específico del sector de la distribución comercial. La LOCM pretendía tutelar de forma satisfactoria los intereses de los proveedores de las grandes superficies que habían solicitando a los poderes públicos la adopción de medidas legislativas que obligasen a las grandes empresas de la distribución a acortar sus plazos de pago, excesivamente largos en relación con el grado de rotación de los productos²⁰.

¹⁸ Recomendaciones expuestas en las páginas 4 y 5 del citado Informe

¹⁹ Preceptos que como indica FERNÁNDEZ DEL POZO, L., "Aplazamientos de pago a los proveedores..." cit. p. 1485, tienen una clara inspiración en la ley francesa 92-1442, de 31 de diciembre de 1992, relativa a los plazos de pago entre las empresas (*Loi n° 92-1442 du 31 décembre 1992 relative aux délais de paiement entre les entreprises*),

²⁰ Ya se refirió a esta cuestión MIRANDA SERRANO, L.M., *Aplazamientos de pago...* cit. p. 47, y del mismo autor "La disciplina legal contra la morosidad y los plazos de pago abusivos: fundamentación, ámbito de aplicación e impacto en el Derecho preexistente", AA.VV. *Morosidad, aplazamientos de pago y empresa familiar*, Font Galán, J.I., Miranda Serrano, L.M. (dirs.) Sevilla, 2010, pp. 13 y ss.

Si observamos la redacción originaria de estos preceptos, mientras que el artículo 16 LOCM remitía a la legislación civil y mercantil el régimen de las adquisiciones realizadas por los comerciantes, con lo que no aportaba nada nuevo, el artículo 17 introducía algunas novedades en la materia dignas de mención²¹. Así, este precepto imponía al proveedor, además de la obligación de entrega de la mercancía (lo que deriva del régimen general del contrato de compraventa), la de emitir la factura indicando el día en el que debe producirse el pago y su remisión al comerciante comprador si no se la hubiera entregado junto con la mercancía (art. 17.2 y 3). Al comprador le imponía a su vez las obligaciones de documentar en el mismo acto la entrega y recepción con mención expresa de su fecha (art. 17.2), de emitir o aceptar dentro de los treinta días siguientes a la recepción de la mercancía un documento que lleve aparejada acción cambiaria si se acordó un aplazamiento de pago superior a sesenta días (art. 17.3) o de garantizar mediante aval bancario o seguro de crédito o caución el aplazamiento de pago que superara los ciento veinte días (art. 17.3). Por último, en caso de demora en el pago del precio por el comprador, los intereses se devengarían de forma automática, estableciéndose un tipo elevado (50% superior al señalado para el interés legal del dinero salvo que el pactado fuera mayor).

Puesto que el artículo 17 se refiere en general al comerciante, debemos indicar qué entendemos por tal a los efectos de su ámbito de aplicación. Desde la promulgación de la LOCM (año 1996) hasta la publicación de la Ley 55/1999, de 29 de diciembre, de medidas

²¹ Al respecto, MARÍN LÓPEZ, J.J., "Comentario a los artículos 16 y 17 LOCM", en AA.VV. *Comentarios a las leyes de ordenación del comercio minorista*; (coord. Bercovitz Rodríguez-Cano, R. y Leguina Villa, J.), Tecnos, Madrid, 1997, pp. 321 y ss. y PORTELLANO DÍEZ, P., "Comentario a los artículos 16 y 17 LOCM", en AA.VV. *Comentarios a la ley de ordenación del comercio minorista y a la ley orgánica complementaria*, (dir. Piñar Mañas, J.L., y Beltrán Sánchez, E).Civitas,Madrid, , 1997, pp. 151 y ss., FERNÁNDEZ DEL POZO, L., "Comentario de los artículos 16 y 17 LOCM", AA.VV., (coord. Alonso Espinosa/López Pellicer/Massaguer Fuentes/Reverte Navarro), *Régimen jurídico general del comercio minorista*, Madrid, 1999, pp. 261 a 285

fiscales, administrativas y de orden social²² se incluye en el concepto de comerciante desde el punto de vista del Derecho positivo únicamente a los minoristas, con lo que la LOCM solamente era aplicable en este punto a las adquisiciones realizadas por los comerciantes minoristas cualquiera que fuera la condición del vendedor (minorista o mayorista), pero no a las compras efectuadas por mayoristas o por fabricantes a otros fabricantes²³. Sin embargo, a partir de la modificación de la LOCM por la Ley 55/1999, cuyo artículo 56 incorpora a la LOCM la DA 6 conforme a la cual se extiende lo dispuesto en el artículo 17 LOCM a "las entidades de cualquier naturaleza, que se dediquen al comercio mayorista o que realicen adquisiciones o presten servicios de intermediación para negociar las mismas por cuenta o encargo de ciertos comerciantes", el término "comerciante" comprende tanto al minorista como al mayorista e incluye también a las centrales de compra²⁴. Proveedor lo será tanto un comerciante mayorista como una central de compra o un fabricante, pero no un comerciante minorista, que solo puede ser adquirente. Y adquirente, a efectos del 17 LOCM podrá ser entonces el comerciante minorista, el mayorista y la central de compras.

Tras la publicación de la LOCM, España se encontraba entre los países de la Unión Europea que habían tomado alguna medida para solucionar los problemas de aplazamientos de pago y morosidad, conforme propugnaba la Recomendación 95/198/CE²⁵. Pero, al aprobarse la Directiva 2000/35/CE, la falta de coincidencia entre el

²² BOE de 30 de diciembre de 1999

²³ Aunque ello no era cuestión pacífica, la doctrina española se encontraba dividida en este punto. Según un sector doctrinal, (MARÍN LÓPEZ, J.J., "Comentario al artículo 17 LOCM..." cit. p. 334 y PORTELLANO DÍEZ, P., "Comentario a los artículos 16 y 17 LOCM..." cit., p. 152-153), el artículo 17 LOCM no se aplicaba a estos últimos supuestos (compra por mayoristas); sin embargo, otros autores se inclinaban por la posición contraria, así LA CASA GARCÍA, R., "La instrumentación mediante títulos cambiarios de los pagos a proveedores en la Ley de Ordenación del Comercio Minorista", *DN*, nº 78, 1997, p. 3, y FERNÁNDEZ DEL POZO, L., "Aplazamientos de pago a los proveedores..." cit. p. 1493-1494.

²⁴ Como ya indicara MIRANDA SERRANO, L.M. "La disciplina legal..." cit. p. 35

²⁵ Recordemos que nos hemos referido ya a esta cuestión en el capítulo II al ocuparnos del Informe que la Comisión europea elaboró sobre los retrasos en el pago en las transacciones comerciales en 1997, en el que se evaluaba el impacto de esa Recomendación.

contenido de los artículos 16 y 17 LOCM y la nueva norma comunitaria exigía una adaptación del Derecho español al de la Unión Europea. La adaptación se llevó a cabo mediante la incorporación al Derecho español de la Directiva 2000/35 por medio de la Ley 3/2004 de 29 de diciembre, por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales. Al proceso de elaboración de esta ley vamos a hacer referencia en las páginas que siguen.

2.2 El retraso en la transposición de la Directiva y el proceso de elaboración de la Ley 3/2004 de 29 de diciembre

Como hemos indicado en el capítulo II, la Directiva 2000/35/CE el Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de junio, por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales había establecido en su artículo 6.1 como fecha límite para la transposición de su contenido a la legislación de los Estados miembros el 8 de agosto de 2002. Este plazo no se cumplió en España puesto que la Ley por la que se llevaba a cabo dicha transposición se publicó en el BOE más de dos años después de su finalización, concretamente el 30 de diciembre de 2004.

El 20 de diciembre de 2002 se publicó en el BOE la Ley 47/2002, de 19 de diciembre, de reforma de la Ley 7/1996, de 15 de enero, de Ordenación del Comercio Minorista, para la transposición al ordenamiento jurídico español de la Directiva 97/7/CEE, en materia de contratos a distancia, y para la adaptación de la Ley a diversas Directivas comunitarias²⁶. En la Exposición de motivos de la Ley 47/2002 (apartado 5) se hacía constar que se hallaba pendiente de

²⁶ Un comentario a esta reforma puede verse en ZAHINO RUIZ, M.L., "La transposición de la Directiva 2000/35/CE ..." cit., p. 350

transposición la Directiva 2000/35/CE, por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales. Argumentaba el legislador que razones de economía procedimental aconsejaban llevar a cabo en un sólo cuerpo legal las modificaciones de la LOCM necesarias para adaptar su contenido a lo esencial de la regulación armonizadora comunitaria, en la medida exigible en el ámbito de aplicación de la Ley, pero sin pretender con ello sustituir la tarea de transposición de la Directiva 2000/35, que se llevaría a cabo “en su momento”.

Conviene recordar que esta Ley 7/1996, de 15 de enero, (art. 17) junto con el C.Cv. (arts. 1100, 1101 y 1108) y el C.Com. (arts. 62, 63, 339 y 341) eran las normas que se ocupaban de la regulación de la mora con carácter general y de las obligaciones de pago en las compraventas civiles y mercantiles en el momento de la aprobación de la Directiva 2000/35/CE. Se ha indicado por un sector de la doctrina que el retraso del legislador español en la incorporación al derecho interno de la Directiva citada puede encontrar una justificación razonable en que el marco legal español era, *a priori*, más favorable para el acreedor que la normativa comunitaria²⁷. De este modo, en opinión de este sector doctrinal se cumplían los objetivos de la Directiva y no era necesario implementar la que podía entenderse como una regulación menos protectora. Discrepamos de esta tesis²⁸, ya que no consideramos que, en su conjunto la normativa comunitaria sea menos favorable para el acreedor (así existen varias medidas dirigidas a proteger al acreedor como la supresión de la *interpellatio morae*, el incremento en el tipo legal de intereses o la compensación por costes de cobro). En todo caso, la

²⁷ Como ya señalara ZAHINO RUIZ, M.L., “La transposición de la Directiva 2000/35/CE por la que se establecen ...” cit. p. 347, en la norma comunitaria si no hay pacto, se paga en 30 días y, en cambio, en España, en defecto de pacto se pagaba en el momento de la entrega de las mercancías (arts. 339 C.Com., art. 17.1 LOCM y 1500 C.Cv.) o a los diez días de contraída la obligación si sólo produce acción ordinaria o el día inmediato si lleva aparejada ejecución (art. 62 C.Com.).

²⁸ En el mismo sentido ROMERO CANDAU, P. “Medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales (Ley 3/2004, de 29 de diciembre)”, *El Notario del siglo XXI. Ensayos de actualidad*, Colegio Notarial de Madrid, 2006, p. 14

transposición de las directivas comunitarias es una obligación para los Estados destinatarios y si no la llevan a cabo están incumpliendo un deber y pueden ser objeto de sanción y de denuncia (conforme a los arts. 258 y ss. TFUE) ante las instituciones comunitarias. De hecho y como más adelante indicaremos, España fue denunciada ante el TJUE por parte de la Comisión por incumplimiento del plazo de transposición de la Directiva.

El 12 de marzo de 2002, el Congreso de los Diputados aprobó una moción presentada por Convergencia i Unió por la que se instaba al Gobierno a que adoptase medidas urgentes para luchar contra la morosidad en las operaciones comerciales, mediante la transposición de la Directiva 2000/35/CEE, moción que se presentó como consecuencia de la interpelación urgente de Convergencia i Unió sobre las medidas de política general que iba a adoptar el Gobierno para luchar contra la morosidad²⁹. En esta moción se instaba al Congreso a solicitar al Gobierno la presentación de un Proyecto de ley concursal y a que siguiera impulsando una rápida transposición de la Directiva comunitaria de morosidad³⁰. Como ya se ha puesto de

²⁹ BOCG, Congreso de los Diputados, (Serie D núm. 327 de 21 de marzo de 2002). Diario de Sesiones del Pleno del Congreso de los Diputados núm. 144 de 12 de marzo de 2002, p. 7300.

³⁰ Como resultado de la aprobación de la moción: "El Congreso de los Diputados insta al Gobierno a: 1. Presentar antes de finalizar el año 2002, un Proyecto de Ley Concursal al objeto de adecuar los procedimientos de quiebra y de suspensiones de pagos, con el fin de eliminar trabas en los procesos de reestructuración empresarial y que: a) Combine las garantías del deudor con la conveniencia de adelantar en el tiempo la declaración del concurso, b) Establezca un procedimiento flexible que reduzca los requisitos para la tramitación del concurso, con el consiguiente ahorro de coste en el caso de empresas de pequeña envergadura, c) Proporcione las soluciones más adecuadas para satisfacer a los acreedores en los casos de insolvencia actual o "inminente" del deudor y mitigar los efectos negativos que se puedan derivar de dichas situaciones para el tráfico mercantil. 2. Seguir impulsando una rápida transposición de la Directiva Comunitaria 2000/35/CE, de 29 de junio de 2000, que en su artículo 6-2º establece que "los Estados miembros podrán mantener o establecer disposiciones que sean más favorables para el acreedor que las necesarias para cumplir la presente Directiva". De tal modo que el nuevo marco normativo que nazca de dicha transposición siga impulsando las condiciones más favorables para el acreedor tanto si provienen de la legislación nacional existente como si son a propuesta de la Directiva. y 3. Analizar la repercusión de las medidas adoptadas en 1998 de la Ley del IVA, que establecen la posibilidad de modificar la base imponible cuando los créditos correspondientes a las cuotas repercutidas por las operaciones gravadas sean total o parcialmente incobrables transcurridos dos años desde la fecha de devengo del citado impuesto y a seguir impulsando actuaciones para evitar las distorsiones que produce la morosidad en los impuestos."

manifiesto al tratar el proceso de elaboración de la Directiva, a la hora de luchar contra la morosidad hay que tener en cuenta que, en ocasiones, ésta puede ser llegar a ser la causa incluso de la desaparición de muchas empresas.

En agosto de 2002, la Federación de industrias de alimentación y bebidas (FIAB) denunció ante la Comunidad Europea que España no había transpuesto la Directiva 2000/35/CEE y en septiembre de ese mismo año se abrió un procedimiento, entre otros ³¹ contra el Estado español, por incumplimiento de la obligación de transposición de la norma.

El 30 de octubre de 2002, el grupo parlamentario de Convergencia i Unió en el Congreso de los Diputados realizó una pregunta oral al Gobierno en el Pleno del Congreso sobre la fecha prevista para la remisión a las Cámaras de un Proyecto de Ley para la transposición de la Directiva 2000/35/CE³². El Ministro de Economía contestó a esta pregunta informando de que debido al contenido multidisciplinar de la Directiva, el Gobierno había creado un grupo de trabajo integrado por representantes de los ministerios de Justicia, Economía, Hacienda y Administraciones Públicas para elaborar un anteproyecto de ley que permitiera continuar [sic] con la transposición de la Directiva 2000/35/CE³³.

En febrero de 2003, la Comisión Europea, a través de su Secretaría General, emitió un Dictamen³⁴ dirigido al Gobierno español en el que denunciaba el incumplimiento de los plazos en la transposición de la Directiva. En él invitaba al Reino de España a adoptar las medidas pertinentes, en un plazo de dos meses a partir

³¹ La denuncia FIAB puede consultarse en la página web en notas de prensa: http://www.fiab.es/es/salaPrensa/notas_prensa.asp?pg=13. Como ya se ha indicado en el capítulo I, se iniciaron los procedimientos contra España, Grecia, Portugal, Holanda, Luxemburgo, Austria e Italia el 30 de septiembre de 2002.

³² Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, Pleno y Diputación Permanente, año 2002, núm. 200, p. 9984. Sesión plenaria núm. 193, de 30 de octubre de 2002.

³³ Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, Pleno y Diputación Permanente, año 2002, núm. 200, p. 9985. Sesión plenaria núm. 193, de 30 de octubre de 2002. http://www.congreso.es/public_oficiales/L7/CONG/DS/PL/PL_200.PDF

³⁴ SG(2003) D/220064, Dictamen motivado, Infracción nº 2002/0541

de la recepción del mismo. Ante la inacción del Estado, la Dirección General de Empresas de la Comisión europea, previo informe de los servicios jurídicos, denunció a España ante el Tribunal de Justicia el 12 de septiembre de 2003³⁵.

El 14 de marzo de 2003, el Consejo de Ministros estudió el texto presentado por el Ministerio de Justicia sobre el Anteproyecto de ley de medidas contra la morosidad y ordenó su remisión al Consejo de Estado³⁶. Este órgano emitió su dictamen favorable al citado anteproyecto el 19 de junio de 2003³⁷. El 27 de junio de 2003, el Consejo de Ministros aprobó la remisión a las Cortes Generales, por el trámite de urgencia, del Proyecto de ley 121/000162 por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales³⁸.

Creemos que la demora en la tramitación de este proyecto de ley se debió, en parte a las presiones que ejercieron las grandes empresas miembros de la CEOE sobre el Gobierno para que no legislara sobre la materia³⁹ y en parte a la falta de interés del propio Estado español ya que las Administraciones públicas eran (y lo siguen siendo) uno de los principales morosos. El Proyecto continuó su tramitación en el Congreso pero la disolución de las Cortes y la convocatoria de las elecciones generales de 14 de marzo de 2004 impidieron su aprobación en la VII legislatura. En la siguiente legislatura se retomó la cuestión y el 18 de junio de 2004, el Consejo de Ministros aprobó el Proyecto de Ley 121/000001 por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones

³⁵ Asunto C-384/03 publicado en el DOUE, Serie C, 264, de 1 de noviembre de 2003,

³⁶ El texto de este anteproyecto puede consultarse en http://cepco.hispatat.com/Uploads/docs/Anteproyecto_Lucha_Morosidad.pdf

³⁷ Nº expediente 1021/2003. Texto disponible en la base de datos del Consejo de Estado, http://www.boe.es/aeboe/consultas/bases_datos_ce/doc.php?coleccion=ce&id=2003-1021

³⁸ BOCG, Congreso de los Diputados, [Serie A, núm.162-1, de 1 de julio de 2003]

³⁹ En este sentido, NAVARRO RODRÍGUEZ, S., "La aplicación práctica de la ley contra la morosidad: problemática mercantil y procesal", *RJC*, 4, 2009, p. 93 y ss. relata como la prensa de aquella época hizo públicas estas presiones.

comerciales⁴⁰ y lo remitió a las Cortes Generales para su tramitación. Tras la pertinente tramitación parlamentaria, el 22 de diciembre de 2004 fue aprobada por las Cortes Generales la Ley 3/2004, de 29 de diciembre, por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales (en adelante LMOC)⁴¹.

Desde el punto de vista formal esta ley, consta de diez artículos, dos disposiciones adicionales, una disposición transitoria, una disposición derogatoria y cuatro disposiciones finales. Tras ocuparse su artículo 1 de su objeto, el artículo 2 recoge tres conceptos esenciales en la norma: empresa, Administración y morosidad. El artículo 3 delimita el ámbito de aplicación objetivo y subjetivo así como las exclusiones. En su artículo 4, la Ley se refiere a la determinación del plazo de pago; que será el pactado entre las partes y en su defecto, 30 días que se contarán conforme a los criterios que allí se indican. El artículo 5 supone una importante novedad al establecer el carácter automático de la mora en el ámbito de las operaciones comerciales. Para que el acreedor tenga derecho a reclamar los intereses de demora deberán cumplirse los requisitos a que se refiere el artículo 6. En el artículo 7 de la LMOC se determina el interés de demora aplicable en defecto de pacto y el artículo 8 reconoce al acreedor el derecho a reclamar una indemnización por los costes de cobro. La ley dedica un largo precepto (el artículo 9), al tratamiento de las cláusulas abusivas sobre los plazos de pago y los

⁴⁰ Recuerda PERALES VISCASILLAS que, el proyecto de 1 de julio de 2003 fue el que se utilizó para redactar el de 24 de junio de 2004, (PERALES VISCASILLAS, M.P., *La morosidad en las operaciones comerciales entre empresas, Ley 3/2004 y Directiva 2000/35, Aranzadi*, Cizur Menor 2006, p. 20). Un comentario de este proyecto de ley, valorándolo positivamente aunque sugiriendo algunas modificaciones, lo realiza ESTUPIÑAN CÁCERES, R., "El proyecto de ley por el que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales: aspectos básicos", *Diario La Ley*, nº 5950, lunes 9 de febrero de 2004, p. 1 a 4. Y relacionando el proyecto de ley de morosidad con la legislación concursal PULGAR EZQUERRA, J., "El proyecto de ley de medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales y la nueva legislación concursal", *Actualidad Jurídica Aranzadi*, año XIII, nº 604, 18 de diciembre de 2003, pp. 1 a 5

⁴¹ BOE de 30 de diciembre de 2004

intereses de demora y concluye su articulado refiriéndose a las cláusulas de reserva de dominio (artículo 10).

En sus dos disposiciones adicionales la ley se refiere al régimen de los pagos en el comercio minorista y a la obligación del Gobierno de remitir al Congreso (en el plazo dos años desde la entrada en vigor de la ley) un informe sobre los efectos y consecuencias de su aplicación, obligación que el Gobierno incumplió ya que dicho informe no se llegó a redactar nunca. Sí se redactaron algunos informes por parte de organismos privados como el Centro de estudios de "morosología"⁴²⁾

La disposición transitoria contiene algunas previsiones acerca de la aplicación de la LMOC a los contratos celebrados con posterioridad al 8 de agosto de 2002⁴³ (recordemos que esta es la fecha límite de transposición de la Directiva a los derechos internos de los Estados miembros). La razón que motivó la introducción de esta disposición transitoria fue tratar de mitigar los efectos del retraso en la transposición de la Directiva 2000/35/CE, teniendo en cuenta el carácter imperativo de la norma comunitaria y el principio de seguridad jurídica recogido en el artículo 9.3 de la Constitución. Pretendió evitar las dudas que podría suscitar el régimen de los contratos celebrados entre el 8 de agosto de 2002 y la fecha de entrada en vigor de la Ley⁴⁴. Como indican las SS de la AP de Jaén, de 24 de septiembre de 2007 (JUR/2008/60169) en un contrato de difusión publicitaria, la AP de León, de 16 de octubre, de 2009

⁴² Así por ejemplo los Informes sobre la aplicación de la Ley 3/2004 a los dos y tres años de su aprobación, redactados en los años 2006 y 2007 (disponibles en <http://www.morosologia.com/index.php/es/informes/10>) y el *Informe sobre la Ley 3/2004 de medidas de lucha contra la morosidad y 12 propuestas para la mejora de la legislación antimorosidad*, publicado el 26 de marzo de 2009 (http://www.morosologia.com/pdf/06_lucha_contra_morosidad.pdf). Estos informes aportan interesantes datos sobre la evolución de la norma y hacen propuestas de mejora de la misma

⁴³ Sobre esta cuestión PLEITE GUADAMILLAS, F., "Aplicación de la Disposición Transitoria única de la Ley 3/2004, de 29 de diciembre por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales", *Contratación Administrativa Pública*, nº 44, 2005, p. 16

⁴⁴ A estas razones hicieron referencia los Dictámenes que se emitieron por el Consejo de Estado, el 19 de junio de 2003 sobre el anteproyecto de ley y el 30 de septiembre de 2004 sobre el proyecto de ley.

(JUR/2009/477446) en un contrato de franquicia, y la de la AP de Granada, de 3 de diciembre de 2010 (JUR/2011/172424) en un contrato de compraventa, la DT no ha querido establecer una retroactividad de grado máximo sino una retroactividad de grado medio, entendida ésta en los términos que se han expuesto y a los que hacían referencia los Dictámenes del Consejo de Estado.

La disposición derogatoria deja a salvo las normas que, en relación a la determinación del plazo de pago, resulten más beneficiosas para el acreedor.

En su disposición final primera, modifica el texto refundido de la Ley de contratos de las Administraciones Públicas aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio (concretamente los artículos 99.4, 110.4, 116. 4 y 5, 169.3 y la DF primera para adecuar los plazos a los plazos de pago y la cuantía de los intereses de demora a la LMOC). En el mismo sentido la disposición final segunda, modifica la Ley 7/1996, de 15 de enero de ordenación del comercio minorista (art. 17 1, 3, 4 y 5, y añade una disposición transitoria segunda). La disposición final tercera contiene el título competencial por el que se dicta la ley y la disposición final cuarta declara su entrada en vigor al día siguiente de su publicación en el BOE, esto es el 31 de diciembre de 2004.

Culminaba así el largo y tortuoso proceso de adaptación a la normativa española de la Directiva sobre morosidad. Del contenido de la LMOC, como ya hemos indicado, nos ocuparemos con detalle en los capítulos IV y V. A lo largo de esos capítulos iremos haciendo referencia a algunas críticas que han recibido las concretas medidas de la ley; baste adelantar aquí que un importante sector de la doctrina mostró sus reservas a la redacción de la Ley 3/2004. En algunos casos dudaba de la necesidad de la misma al considerar que podía conculcar el principio de libertad de contratación, además de ser demasiado rígida e incluso atentar contra los principios básicos

del ordenamiento contractual⁴⁵. En otros casos entendió que el diagnóstico sobre el que se basaba tanto la Ley como la normativa comunitaria que se ocupaba de transponer era erróneo⁴⁶. Se llegó a calificar a algunas medidas como “horrores y errores” jurídicos⁴⁷ en un lenguaje poco científico. Nos remitimos al capítulo IV para el tratamiento más detallado de estas críticas de que fue objeto la ley.

2.3 La competencia exclusiva del Estado para legislar sobre morosidad en operaciones comerciales

La Disposición Final Tercera de la Ley 3/2004 declara el título competencial en cuya virtud se dicta la misma: la ley se ampara en las competencias que el artículo 149.1.6^a⁴⁸ y 8^a⁴⁹ de la Constitución atribuye en exclusiva al Estado, en materia de legislación mercantil y civil. La competencia del Estado en materia de legislación civil es compartida con las Comunidades Autónomas cuyos Derechos forales

⁴⁵ En esta línea PERALES VISCASILLAS, M.P., *La morosidad...* cit. pp. 22 y 28. Según esta autora, puesto que los sectores en los cuales se producen los retrasos en los pagos están perfectamente identificados (por ejemplo en el sector de la alimentación en las relaciones entre las grandes superficies y sus proveedores) las reformas podrían haberse limitado a los sectores afectados.

⁴⁶ Calificándolo incluso como un “falso problema”, criterio mantenido como hemos visto al ocuparnos en el capítulo II sobre la elaboración de la Directiva, por ARRUÑADA B., “La Directiva sobre morosidad..” cit. p. 7 y ss. En esta misma línea ALFARO ÁGUILA-REAL, J., “La nueva regulación del crédito comercial...” cit. p. 9

⁴⁷ V. CARRASCO PERERA, A, “Morosidad y reserva de dominio”, *Actualidad Jurídica Aranzadi*, año XV, nº 663, 7 de abril de 2005, p. 3 para el cual lo bueno de la ley es su brevedad y - AGUILLAUME GANDASEGUI, G., “El ámbito de aplicación subjetivo y objetivo de la Ley 3/2004, de medidas de lucha contra la morosidad”, *La Ley*, nº 6332, 4 de octubre de 2005, t. 4-2004, pp. 1688

⁴⁸ La redacción del Anteproyecto de la Constitución (publicado en el Boletín Oficial de las Cortes, nº 44, el 5 de enero de 1979) era más detallada, ya que el artículo 138.9 declaraba la competencia exclusiva del Estado sobre las “relaciones jurídico-mercantiles referentes al estatuto del comerciante y sociedades mercantiles; procedimientos concursales; normas básicas, garantías comunes y eficacia de los títulos valores; principios generales de la contratación mercantil; derecho marítimo”, posteriormente y tras prosperar una enmienda de Alianza popular se sustituyó por la redacción definitiva.

⁴⁹ Art. 149. 1. “El Estado tiene competencia exclusiva sobre las siguientes materias: 8ª legislación civil, sin perjuicio de la conservación, modificación y desarrollo por las Comunidades Autónomas de los derechos civiles, forales o especiales, allí donde existan. En todo caso, las reglas relativas a la aplicación y eficacia de las normas jurídicas, relaciones jurídico-civiles relativas a las formas de matrimonio, ordenación de los registros e instrumentos públicos, bases de las obligaciones contractuales, normas para resolver los conflictos de leyes y determinación de las fuentes del Derecho, con respeto, en este último caso, a las normas de derecho foral o especial”

o especiales les otorgan competencias para la conservación, modificación y desarrollo de los mismos ex art. 149.1.8ª de la Constitución. Sin embargo, la legislación mercantil es de ámbito estatal por exigencias de la unidad de mercado⁵⁰, principio no formulado explícitamente en la Constitución pero reiteradamente proclamado por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional⁵¹.

El artículo 149.1.6ª plantea un importante problema de interpretación cual es el de qué se debe entender por legislación mercantil. La Constitución española, al reconocer a las Comunidades Autónomas potestad legislativa, ha delimitado las competencias entre éstas y el Estado (en los artículos 148 y 149) de acuerdo a distintos criterios: en primer lugar por su pertenencia a una rama del Derecho (mercantil, penal, civil...), en segundo lugar por el grado de regulación: básica, de desarrollo o de ejecución (por ejemplo bases de las obligaciones contractuales, bases de ordenación del crédito y la banca...) y en tercer lugar, por la materia regulada (propiedad intelectual o industrial, comercio exterior, ferrocarriles y transporte terrestre...). La Constitución atribuye la competencia exclusiva del Estado sobre la legislación mercantil siguiendo el primer criterio, por lo que queda pendiente de resolver cual es el grado de regulación que se atribuye al Estado y cual es la materia regulada cuando se hace referencia a "legislación mercantil" (cual es el sector de la realidad social regulado por las normas mercantiles). Cuando la Constitución atribuye competencias legislativas a las Comunidades Autónomas sobre materias tradicionalmente mercantiles (como pueden ser los

⁵⁰ En línea con el Derecho constitucional español desde las Cortes de Cádiz, cuya Constitución de 1812, en su artículo 258 disponía que "el Código Civil y criminal y el de comercio serán unos mismos para toda la Monarquía sin perjuicio de las variaciones que por particulares circunstancias podrán hacer las Cortes". Este principio aparece reflejado posteriormente en todas las constituciones del s. XIX, véase LOPEZ LACOISTE, J.J., "Constitucionalismo y codificación civil", *Lecturas sobre la Constitución española* (dir. T.R.Fernández) t. II, UNED, 1978, p. 590

⁵¹ Desde la S TC 37/1981, de 16 de noviembre, en doctrina reiterada en las SS 1/1982, de 28 de enero; 71/1982, de 30 de noviembre; 32/1983, de 28 de abril; 11/1984, de 2 de febrero; 96/1984, de 19 de octubre, 29/1986, de 20 de febrero; 88/1986, de 1 de julio; 64/1990, de 5 de abril; 62/1991, de 22 de marzo; 84/1993, de 8 de marzo; 225/1993, de 8 de julio; 227/1993, de 9 de julio; 147/1994, de 20 de enero; 133/1997, de 16 de julio; 96/2002, de 25 de abril

ferrocarriles, las ferias interiores...), debemos resolver donde se encuentran los límites.

La doctrina mercantilista que se ha ocupado de estudiar esta cuestión⁵² considera que al atribuir la competencia exclusiva al Estado sobre la legislación mercantil, la Constitución se refiere al Derecho privado de la materia mercantil; además le atribuye todo el ciclo formativo completo, desde la normativa básica hasta la legislación de desarrollo o ejecución, por lo cual toda la regulación privada mercantil (tanto mediante ley como por medio de reglamentos) queda reservada al Estado. De este modo, la competencia para dictar normas de Derecho público sobre materias mercantiles puede atribuirse a las Comunidades Autónomas, a las que, como hemos indicado, se les reconocen competencias en algunas materias (ferias, ferrocarriles...) entendiendo que no se les atribuye la normativa privada de estas cuestiones sino la regulación de Derecho público. Es constante la incidencia de las normas públicas en materias reguladas por el derecho privado (bolsa, banca, transporte, seguro). El sistema económico de la Constitución basado en la libertad de empresa y en la economía de mercado aparece condicionado por la función social del derecho a la propiedad privada, por las exigencias de la economía y, en su caso, de la planificación, por la subordinación de la riqueza al interés general, por el reconocimiento de la iniciativa pública en la actividad económica y por la participación en la empresa y el acceso de los trabajadores a los medios de producción (artículos 38, 33, 128 y 129 de la Constitución). Nos encontramos así ante la posibilidad de intervención de los entes públicos en la actividad económica por medio de una normativa de Derecho público que quedará al margen de la legislación mercantil privada, cuya atribución exclusiva al Estado debe ser respetada por las Comunidades Autónomas. No

⁵² GARCIA DE ENTERRÍA LORENZO-VELÁZQUEZ, J. "La competencia exclusiva del Estado sobre la "legislación mercantil", *Estudios sobre la Constitución española, Homenaje al profesor Eduardo García de Enterría*, Civitas, Madrid, 1991, t. V, p. 4093

obstante, el concepto de legislación mercantil no se puede definir sólo por su naturaleza privada sino por la materia regulada.

Los problemas más graves a la hora de interpretar el artículo 149.1.6^a se plantean cuando tenemos que determinar qué significa “mercantil”, ya que hemos visto en líneas anteriores que el alcance del término legislación no ofrece dudas (concepto de ley en sentido amplio, incluyendo toda norma escrita sea cual sea su rango). Sin embargo, no hay unanimidad en torno a cual deba ser el alcance de la expresión “mercantil”. Una primera interpretación doctrinal⁵³ limita el alcance del término legislación mercantil al concepto tradicional de Derecho mercantil vinculado al contenido del Código de Comercio excluyendo los sectores que han surgido con independencia del mismo, se justificaría así que la Constitución se refiriera a estas últimas materias de forma independiente en otros apartados del artículo 149 (propiedad industrial, transporte aéreo, bases de la ordenación del crédito, banca, seguros...). Esta tesis dejaría fuera del artículo 149.1.6^a sectores del Derecho mercantil cuya competencia estatal nadie pone en cuestión (como sería por ejemplo el Derecho privado de la competencia). Una segunda interpretación doctrinal⁵⁴ extiende la expresión legislación mercantil a todas las normas públicas y privadas que inciden en la ordenación de la empresa y del mercado incluyendo tanto los aspectos organizativos de los sujetos que actúan en el mismo como los aspectos puramente contractuales de la actividad que despliegan. El reconocimiento por parte de la Constitución de competencias legislativas a las Comunidades Autónomas sobre la ordenación de algunos sectores del mercado juega en contra de esta posición doctrinal. Por último, una tercera

⁵³ Mantenido por BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A., *Actualización de Derecho mercantil, I*, UNED, Madrid, 1981, p. 11 y *Modificaciones legales recientes en Derecho mercantil*, UNED, Madrid, 1983, pp. 15-16, y por VICENT CHULIÁ, F., *Compendio crítico de Derecho mercantil*, I, Valencia, 1981, p. 51

⁵⁴ Defendida por MENÉNDEZ, A., *Constitución, sistema económico y Derecho mercantil*, UAM, Madrid, 1982, p. 81 y ss.

corriente doctrinal⁵⁵ a la cual nos adscribimos considera que se reserva al Estado la regulación jurídico privada de la actividad económica y comercial, permitiendo a las Comunidades Autónomas asumir competencias en los aspectos que afectan a la intervención de los poderes públicos en los sectores mercantiles. Este criterio permite explicar la existencia en el artículo 149.1 de atribución de competencias sobre sectores propios o afines al ámbito de las relaciones mercantiles, al margen de la legislación mercantil propiamente dicha, así como la posibilidad de que las Comunidades Autónomas asuman competencias legislativas sobre materias pertenecientes al ámbito mercantil⁵⁶

El TC, se ha decantado por la última de estas interpretaciones doctrinales ya que, sin llegar a formular un concepto general de legislación mercantil, ha declarado que “sea cual fuere el criterio que se adoptase para trazar los límites entre la legislación mercantil y la legislación correspondiente a otras ramas del Derecho, aquélla habrá de incluir en todo caso la regulación de las relaciones jurídico-privadas de los empresarios mercantiles o comerciantes en cuanto tales. Sólo a través de sus órganos centrales puede el Estado determinar cuál es el ámbito propio de la actividad libre del empresario mercantil y solo la legislación emanada de esos órganos puede regular la forma en que nacen y se extinguen los derechos y obligaciones a que el ejercicio de esa actividad puede dar lugar y el contenido necesario de aquellos y éstas” (STC 37/1981, de 16 de noviembre, con idéntica orientación, entre otras las SS TC 95/1984, de 18 de octubre, 88/1986, de 1 de julio; 62/1991, de 22 de marzo; 225/1993, de 8 de julio; 264/1993, de 22 de junio; 96/1996, de 30

⁵⁵ Que sostiene BROSETA PONT, M., “Ponencia sobre el estado actual y perspectivas del Derecho mercantil”, *Centenario del Código de Comercio*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1986, p. 434

⁵⁶ Como indica GARCIA DE ENTERRÍA LORENZO-VELÁZQUEZ, el mayor inconveniente de esta interpretación estriba en la dificultad que surgirá en la mayoría de las ocasiones para deslindar las normas públicas de las puramente privadas, dado que ambas suelen aparecer entrelazadas y con una incidencia recíproca evidente (GARCIA DE ENTERRÍA LORENZO-VELÁZQUEZ, J. “La competencia exclusiva del Estado...” cit. p. 4097)

de mayo; 37/1997, de 27 de febrero; 133/1997, de 16 de julio; 66/1998, de 18 de marzo; 109/2003, de 5 de junio; 124/2003, de 19 de junio; 292/2005, de 10 de noviembre; 106/2009, de 4 de mayo, 4/2011 de 14 de febrero y 33/2012, de 15 de marzo).

Señala el profesor MENÉNDEZ⁵⁷ que estamos ante un concepto abierto, un Derecho mercantil delimitado por el mercado, superador del Derecho mercantil como regulador de los empresarios y de la actividad externa de la empresa para extenderlo a todos los operadores del mercado y a los actos de empresa y cualquier otro de producción de bienes o servicios para el mercado, su distribución y adquisición. Todo ello basado en la constitución económica y en los principios de libre competencia, protección a los consumidores y unidad de mercado. El profesor Menéndez citaba como ejemplos la Ley 3/1991, de 10 de enero de Competencia Desleal y la derogada LGDCU (v. hoy RD 1/2007, de 16 de noviembre por el que se aprueba el Texto Refundido de la LGDCU y otras leyes complementarias) la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación o la Ley 24/1988, de 28 de julio, del mercado de valores. Ejemplos a los que pueden añadirse la Ley 15/2009, de 11 de noviembre, del contrato de transporte terrestre de mercancías e incluso el RD Legislativo 1/2010, de 2 de julio por el que se aprueba el TR de la Ley de Sociedades de Capital con el régimen de la sociedad cotizada.

Podemos concluir tras esta breve exposición que el paso del tiempo ha puesto de manifiesto que los criterios para trazar los límites entre la legislación de carácter mercantil y la correspondiente a otras ramas del Derecho son oscilantes⁵⁸. El carácter mercantil de una ley deriva de las materias que regula, sin embargo, desde hace ya unos cuantos años, podemos encontrar normas mercantiles en leyes que no tienen ese carácter, como sucede en aquellas que

⁵⁷ MENÉNDEZ MENÉNDEZ, A., *Constitución...* cit. p. 81

⁵⁸ URÍA, R. y MENÉNDEZ, A. "Capítulo El Derecho mercantil", *Curso de Derecho mercantil I*, 2ª edición, Aranzadi 2006, (coord, Mª Luisa Aparicio), p. 51

regulan conjuntamente aspectos públicos y privados, como por ejemplo la Ley de Ordenación del Comercio Minorista, la Ley de Ordenación de los Transportes Terrestres, la Ley del Mercado de Valores o la Ley de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados. Y además, los heterogéneos criterios de distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas plantean delicados problemas de interpretación. De este modo, el término “legislación mercantil” que emplea la Constitución tiene un contenido más restringido que el que habitualmente se entiende como propio de esta rama del ordenamiento jurídico. Por ejemplo, la legislación sobre propiedad industrial (de competencia exclusiva del Estado según el artículo 149.1.9ª) constituye una categoría autónoma para la Constitución. Además, algunos Estatutos de Autonomía han asumido como competencia exclusiva la regulación de otras materias, por ejemplo, de las sociedades cooperativas o de las Cajas de Ahorros⁵⁹

2.4 La técnica legislativa empleada en la transposición de la Directiva al Derecho español

Como hemos indicado anteriormente, a la hora de llevar a cabo la transposición⁶⁰ al Derecho español del contenido de la Directiva

⁵⁹ Para terminar con la cuestión relativa a la competencia exclusiva del Estado en esta materia, tenemos que indicar que la Disposición final tercera de la Ley 3/2004, declara también que la Disposición Final primera, por la cual se modifica el texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones públicas aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, fue dictada al amparo del artículo 149.1.18ª de la Constitución. La DF 3ª declara que la DF 1ª tendrá la consideración de norma básica, con excepción de la modificación del artículo 169.3 del texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, que no tiene ese carácter de norma básica de acuerdo con la DF 1ª de este texto legal.

⁶⁰ En cuanto a la cuestión terminológica de si estamos ante una transposición o una incorporación del Derecho comunitario, la mayoría de la doctrina mercantilista que ha estudiado la LMOC no la debate, por ser ésta una cuestión general, y utiliza indistintamente los términos transposición e incorporación; algunos autores, [MIRANDA SERRANO, L.M., *Aplazamientos de pago y morosidad en las empresas...cit.*, pp. 53 y 54, AGUILLAUME GANDASEGUI, G., “El ámbito de aplicación subjetivo y objetivo de la Ley 3/2004, de medidas de lucha contra la morosidad”, *Diario La Ley*, año XXVI, nº 6332, 4 de octubre de 2005, p. 1, y OLIVA BLAZQUEZ, “La reserva de dominio como instrumento de lucha contra la morosidad en la Directiva 2000/35(LCE Eur 2000, 2084) y en la Ley 3/2004 (RCL 2004, 2678), *Revista*

2000/35/CEE, se optó por la elaboración de una ley especial⁶¹ frente a la alternativa de modificar el Derecho entonces vigente en la materia, lo que hubiera afectado al Código Civil, al Código de Comercio y a la Ley de Condiciones Generales de la Contratación así como a la Ley General para la Defensa de los Consumidores o usuarios. En la toma de esta decisión del Gobierno influyó especialmente la opinión de la Sección de Derecho mercantil de la Comisión General de Codificación⁶² que justificaba la redacción de una ley especial por los distintos ámbitos de aplicación del Derecho español sobre morosidad en contratos mercantiles, (concretamente el Código de Comercio) y de la Directiva europea, ya que a su juicio ni el ámbito subjetivo ni el objetivo de la Directiva 2000/35/CE coincidían con la regulación sobre morosidad empresarial del Código de Comercio ya que mientras la Directiva regula la morosidad de las deudas pecuniarias, el Código de Comercio se ocupaba de la morosidad de las obligaciones mercantiles.

de Derecho Privado, nº 16, 2006, p. 113] creen más adecuado utilizar la expresión "incorporar" que "transponer" porque consideran que lo que hacen las normas internas que cumplen los mandatos de las Directivas comunitarias es incorporar el contenido de tales Directivas al Derecho interno. La definición que sobre la palabra trasponer contiene el DRAE es: "poner a alguien o algo más allá, en lugar diferente del que ocupaba", teniendo además como acepciones que no vienen al caso "transplantar; dicho de una persona o de una cosa: ocultarse a la vista de otra, doblando una esquina, un cerro o algo similar; dicho del sol o de otro astro: ocultarse de nuestro horizonte; y dicho de una persona: quedarse algo dormida". La RAE define la palabra incorporar como "agregar, unir algo a otra cosa para que haga un todo con ella". Además recoge las acepciones de: "sentar o reclinar el cuerpo que estaba echado o tendido; agregarse a otras personas para formar un cuerpo; y presentarse en el lugar en que se debe empezar a trabajar o prestar servicio". Creemos, por todo lo antes dicho, que sería más adecuado utilizar el término "incorporar", aunque en la práctica se impone el uso de la palabra "transponer" en la mayoría de los casos. De cualquier modo lo importante será que o la transposición o la incorporación sean lo más fieles posibles a la norma comunitaria que se transpone o incorpora.

⁶¹ Circunstancia que queda reflejada en la Exposición de Motivos de la LMOC cuando declara que: "El criterio subjetivo y material que delimita el ámbito de aplicación de la Directiva 2000/35 aconseja efectuar su transposición a nuestro ordenamiento jurídico mediante una ley especial que regule las medidas sustantivas contra la morosidad..."

⁶² Opinión reflejada en el acta de la reunión de 7 de mayo de 2002 de la Sección segunda de Derecho mercantil de la Comisión General de Codificación de la que fue ponente el profesor Alberto Bercovitz Rodríguez-Cano, como relata FUENTES GÓMEZ, J.C, "Logros y cuestiones pendientes de la Ley 3/2004, de 29 de diciembre, por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad", *Boletín de Información del Ministerio de Justicia*, nº 1995, 2005, p. 9

El Consejo de Estado⁶³ al referirse a la técnica legislativa finalmente elegida explicaba como, inicialmente, se consideró la incorporación del contenido de la Directiva al Derecho español mediante la modificación del Código de Comercio. De hecho, la primera versión del Anteproyecto preveía, en su Disposición final tercera, la elaboración de un proyecto de Ley que regulara las condiciones generales sobre las obligaciones mercantiles, para su integración en el Código de Comercio⁶⁴. Como pone de manifiesto en su Dictamen al Anteproyecto de Ley de lucha contra la morosidad de 19 de junio de 2003, el Consejo de Estado ha señalado en diversas ocasiones (en sus Dictámenes 4776/1997⁶⁵ y 1644/1999⁶⁶ entre otros) que la dispersión normativa dificulta la aplicación de las normas jurídicas, y que la seguridad y la buena técnica jurídica aconsejan evitar la fragmentación normativa de una misma materia, por lo que es conveniente agrupar en una sola disposición las distintas normas existentes. Ahora bien, ante la complejidad y los problemas surgidos para efectuar dicha incorporación en nuestro derecho positivo nacional (y teniendo en cuenta la prudencia con la que debe abordarse cualquier modificación de códigos o normas de larga tradición) el Consejo de Estado considera adecuada la vía seguida para llevar a cabo la incorporación de la norma comunitaria, mediante una Ley especial que además modificaría diversos artículos de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas y de la Ley de Ordenación del Comercio Minorista.

No obstante, a pesar de haberse optado por la elaboración de una ley especial para la incorporación de la Directiva 2000/35CE al

⁶³ V. el Dictamen relativo al Anteproyecto de Ley de lucha contra la morosidad de 19 de junio de 2003 (Documento 1021/2003)

⁶⁴ http://www.cepco.es/Uploads/docs/Anteproyecto_Lucha_Morosidad.pdf

⁶⁵ Dictamen al Proyecto Real Decreto por el que se desarrolla determinados aspectos de la Ley 24/97, de 15 de julio, de consolidación y racionalización del Sistema de Seguridad Social.

⁶⁶ Dictamen al Anteproyecto de Ley de reforma de la Ley 16/1989 de 17 de julio de Defensa de la Competencia

Derecho español ya la propia Sección de Derecho mercantil de la Comisión General de Codificación, en la Propuesta de Anteproyecto de Ley de modificación del Código de Comercio, en la parte general sobre contratos mercantiles y sobre prescripción y caducidad⁶⁷, consideró imprescindible la integración en el Código de Comercio de la Directiva 2000/35/CEE. Y ello por cuanto que ésta sólo se aplica a los supuestos de morosidad en el cumplimiento de las obligaciones surgidas de operaciones comerciales realizadas entre empresarios y entre éstos y los poderes públicos y los expertos de la Sección de Derecho mercantil entendían que era necesario integrar esa regulación de una manera sistemáticamente coordinada con los supuestos no cubiertos por la Directiva, en los que también es necesario establecer las consecuencias de la morosidad⁶⁸. Por ello, en los artículos 68 y 69 de la Propuesta de Anteproyecto de ley de modificación del Código de Comercio, se reconoce la obligación del deudor de satisfacer, salvo pacto en contrario, el interés legal en caso de retraso en el pago, así como el derecho del acreedor a reclamar al deudor moroso la compensación por costes de cobro, y ello en cualquier deuda dineraria resultante de un contrato mercantil. En estos dos preceptos, la propuesta de reforma prevé la aplicación de una medida que la Directiva reconoce para los supuestos de morosidad en operaciones comerciales entre empresarios y entre éstos y las Administraciones públicas en contratos mercantiles a los que sea aplicable, a los contratos mercantiles en general; también, por lo tanto, a aquellos contratos que, siendo mercantiles, quedan fuera del ámbito de aplicación de la norma comunitaria.

⁶⁷ Boletín de Información del Ministerio de Justicia, año LX, 1 de febrero de 2006, núm. 2006, p. 607, que puede consultarse en el portal del Ministerio de Justicia: http://www.mjusticia.gob.es/cs/Satellite/es/1215198250496/Estructura_C/1215198251074/Detalle.html

⁶⁸ Por ello titula la sección 9ª (artículos 67 a 73) “de la morosidad en el cumplimiento de los contratos mercantiles”.

También en la doctrina hubo algunas opiniones contrarias a la aprobación de una ley especial como instrumento más adecuado a la hora de llevar a cabo la transposición de la Directiva⁶⁹.

Estamos de acuerdo con esta opinión, consideramos que el legislador español debería acometer una modificación general e incorporar el Derecho comunitario mediante la modificación de la normativa preexistente (C.Cv., C.Com., LCGC, TRLGDCU). Pero el legislador, al llegar el momento de actualizar la normativa vigente sobre morosidad, una vez más ha modificado la ley, con lo que sigue optando por esa fórmula, técnicamente más criticable, de elaboración de una ley especial que incorpora sin mayores reflexiones y de forma casi literal el contenido de la Directiva.

Los trabajos de la Sección de Derecho mercantil de la Comisión General de Codificación sobre el nuevo Código de Comercio se encuentran en un estado bastante avanzado. En 2006 se publicó la propuesta de Anteproyecto de Ley de modificación del Código de Comercio, que antes hemos citado, documento sobre el que están trabajando varios grupos en la sección de Derecho mercantil. Según las noticias transmitidas desde el Ministerio de Justicia⁷⁰ está próximo a publicarse el Anteproyecto de ley.

⁶⁹ Así por ejemplo BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, lamenta que el legislador español siga optando por la fórmula "fácil" de transposición de Directivas a través de leyes especiales, que se van superponiendo a la legislación preexistente, "sin orden ni concierto". Y se pregunta por qué no se ha aprovechado la ocasión, además de modificar la LOCM y la LCAP, para modificar los artículos 1100 y 1108 del C.Cv., el artículo 63 del C.com., la LCGC y la LGDCU, integrando en su contenido la mayor parte de la Directiva y reduciendo el texto de una hipotética ley especial a su mínimo indispensable (BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, R., "Morosos", *Aranzadi Civil*, 3, 2004, pags. 2280 y 2281) En la misma línea VICENT CHULIÁ, F., *Introducción al Derecho mercantil*, vol. II, 22ª ed. Tirant lo blanch, Valencia, 2010, p. 1246, califica de censurable la técnica de incorporación de la legislación comunitaria. Para RODRÍGUEZ RUIZ DE VILLA, esta opción contribuye a aumentar la "selva legal" en que nos movemos, lo que incrementa la inseguridad jurídica; aunque reconoce este autor que la solución española no es única en la Unión Europea ya otros países como Bélgica, Italia o Luxemburgo también han optado por este medio (RODRÍGUEZ RUIZ DE VILLA, D., "Análisis crítico de la lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales (Ley 3/2004)". *Revista CEFLEGAL*, núm. 71, 2006, p. 36)

⁷⁰<http://www.mjusticia.gob.es/cs/Satellite/es/1215197775106/Medios/1288777166402/Detalle.html>. En esta página del Ministerio de Justicia se daba noticia el día 12 de julio de 2012 de alguna de las materias reguladas por el nuevo Código de Comercio así como de la previsión de la presentación en otoño de este año del anteproyecto del mismo

2.5 La reforma de la ley de morosidad por la Ley 15/2010, de 5 de julio

La Disposición Adicional 2ª de la Ley 3/2004 estableció que el Gobierno, en el plazo de dos años desde su entrada en vigor, remitiría al Congreso de los Diputados un informe en el que se analizaran y evaluaran los efectos y las consecuencias de la aplicación del contenido de la misma en relación a los plazos de pago en las operaciones comerciales realizadas entre empresas y entre empresas y Administración Pública. El Gobierno ha incumplido este mandato y este Informe nunca fue remitido al Parlamento. El 1 de febrero de 2006 el grupo parlamentario catalán (Convergencia i Unió) presentó en el Congreso una *Proposición no de ley relativa a la realización del informe de seguimiento de las medidas contenidas en la Ley 3/2004, de 29 de diciembre, por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales (161/001456)*⁷¹. En ella se propone que el Congreso de los Diputados inste al Gobierno a constituir una comisión de seguimiento de la aplicación de la Ley 3/2004, de 29 de diciembre con objeto de realizar el informe que prevé su disposición adicional segunda⁷². No obstante, esta iniciativa no obtuvo respuesta y caducó dos años después⁷³. En la actualidad la situación es la misma, la Comisión nunca se creó, lo que evidencia el desinterés del ejecutivo con estas cuestiones.

Transcurridos seis años desde la entrada en vigor de la Ley 3/2004, de 29 de diciembre, los cambios producidos en el entorno económico junto con los efectos de la crisis han tenido como consecuencia un aumento de impagos, retrasos y prórrogas en la

⁷¹ BOCG. Congreso de los Diputados, [Serie D, núm. 337, de 20 de febrero de 2006]

⁷² Dicha comisión estaría integrada por representantes de los ministerios competentes en la materia, así como por las organizaciones más representativas de los sectores económicos implicados

⁷³ BOCG. Congreso de los Diputados, [Serie D, núm. 675 de 13 de febrero de 2008]

liquidación de facturas vencidas que han llevado al legislador español a abordar la reforma de la normativa sobre morosidad⁷⁴. Sin perjuicio de que el análisis pormenorizado del contenido de esta norma y de las modificaciones fundamentales que llevará consigo se realizará en posteriores epígrafes, queremos hacer aquí una breve referencia a la cronología de la reforma de la ley de morosidad y a la estructura de la norma de ella resultante.

El proceso se inició con la presentación por parte del Grupo Parlamentario catalán (Convergencia i Unió) en el Congreso, el día 12 de marzo de 2009, de una Proposición de ley de modificación de la Ley 3/2004, de 29 de diciembre por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales⁷⁵. Las principales modificaciones introducidas en esta proposición de ley se referían a la definición de las Administraciones públicas, a la determinación del plazo de pago, al establecimiento de un procedimiento para hacer efectivas las deudas de las Administraciones públicas y a la modificación de la Ley 30/2007 de 30 de octubre de contratos del sector público. Proponía también la creación del "Observatorio estatal de la morosidad"⁷⁶, adscrito al Ministerio de Industria, Turismo y Comercio. Esta última propuesta finalmente no prosperó ya que se presentaron en el Congreso tres

⁷⁴ Sobre esta cuestión v. los párrafos 2º y 3º del preámbulo de la Ley 15/2010, de 5 de julio. A la causas citadas habría que añadir también la escasa utilización de la norma por parte de las empresas españolas, sobre todo las PYMES que, como pone de manifiesto MIRANDA SERRANO, L.M. "La reforma del régimen legal..." cit. p. 232, era a quienes principalmente la Directiva y la Ley pretendían conferir protección. Señala además este autor que las causas de la "débil" eficacia práctica de la Ley 3/2004 son su desconocimiento entre las PYMES, el miedo de éstas a enturbiar sus relaciones con los clientes o incluso a perderlos así como la necesidad de interponer demandas judiciales para la reclamación de intereses lo cual implica procesos lentos y costosos

⁷⁵ BOCG, Congreso de los Diputados, [Serie B, núm. 169-1, de 24 de marzo de 2009]. Resulta también interesante indicar como antecedente de esta proposición de ley que el 19 de septiembre de 2008 el mismo grupo parlamentario de Convergencia i Unió había presentado en el Congreso de los Diputados una Proposición no de ley relativa a la necesidad de regular el marco de actuación de las empresas de reclamación de deudas y del cobro de impagados (BOCG núm. 72, de 26 de septiembre de 2008) Esta proposición, de la que ya hemos informado en el capítulo II fue aprobada con modificaciones en el Congreso de los diputados el 17 de marzo de 2009 (BOCG núm. 167, de 17 de marzo de 2009). Hasta el momento no se ha publicado ninguna norma en su desarrollo

⁷⁶ No se trataba de una idea original española, como advierte GARCÍA MANDALÓNIZ, M. "Morosidad y ...", cit. p. 20, ya que está inspirada en L' Observatoire des Délais de Paiement, creado en 1991 en Francia por el Arrêté du 30 octobre 1991.

enmiendas (de UPD, el Grupo Popular y PSOE) en las que se descartaba la creación de este organismo dada la situación de grave crisis económica.

Los diferentes grupos parlamentarios presentaron 50 enmiendas⁷⁷ al articulado de esta Proposición de ley. La Comisión de Industria, Turismo y Comercio aprobó, el 14 de abril de 2010⁷⁸, el texto de la Proposición incorporando alguna de las enmiendas y por consiguiente modificando en algunos aspectos la Proposición presentada por Convergencia i Unió. En el Senado⁷⁹, se presentaron 44 enmiendas⁸⁰. La Comisión de Industria, Turismo y Comercio del Senado, el día 2 de junio de 2010, acordó aceptar como Dictamen el texto remitido por el Congreso de los Diputados⁸¹, con seis votos particulares de los diferentes grupos parlamentarios manteniendo las enmiendas presentadas. El pleno del Senado, en su sesión del día 9 de junio de 2010, aprobó el Dictamen de la Comisión de Industria, Turismo y Comercio sobre la Proposición de ley de modificación de la Ley 3/2004⁸², remitiendo al Congreso las enmiendas aprobadas por el Senado y el correspondiente mensaje motivado⁸³. El Pleno del Congreso de los Diputados, en su sesión del día 17 de junio de 2010, aprobó, de conformidad con lo establecido en el artículo 90 de la Constitución, la Proposición de Ley de modificación de la Ley 3/2004, de 29 de diciembre, por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales⁸⁴ y el 6 de julio de 2010 se publicó en el Boletín Oficial del Estado la Ley 15/2010, de 5 de julio, de modificación de la Ley 3/2004, de 29 de diciembre por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales.

⁷⁷ BOCG, Congreso de los Diputados, [Serie B, núm. 169-14, 10 de diciembre de 2009]

⁷⁸ BOCG, Congreso de los Diputados, [Serie B, núm. 169-16, 19 de abril de 2010]

⁷⁹ BOCG, Senado, [Serie II B, núm. 7 (a), 16 de abril de 2010]

⁸⁰ BOCG, Senado, [Serie III B, núm.7 (c), 7 de mayo de 2010]

⁸¹ BOCG, Senado, [Serie III B, núm. 7 (d), 7 de junio de 2010]

⁸² BOCG, Senado, [Serie III B, núm. 7 (e), 14 de junio de 2010]

⁸³ BOCG, Congreso de los Diputados, [Serie B, núm.169-17, 15 de junio de 2010]

⁸⁴ BOCG. Congreso de los Diputados, [Serie B, núm. 169-18, 29 de junio de 2010]

Creemos conveniente recordar aquí que el Anteproyecto de Ley de Economía sostenible, aprobado en Consejo de Ministros el 27 de noviembre de 2009 y publicado el 8 de enero de 2010 dedicaba el capítulo III (artículos 50 a 54) al régimen aplicable a la morosidad en las operaciones comerciales llevando a cabo una reforma integral de la Ley de morosidad y de algunos preceptos de la Ley de Contratos del Sector público⁸⁵. Sin embargo, el Proyecto de Ley de Economía sostenible aprobado por el Consejo de Ministros el día 19 de marzo de 2010 y presentado en el Congreso el 30 de marzo de 2010⁸⁶ eliminó de su texto las modificaciones legales al tratamiento de la mora y optó por llevarlas a una ley especial: la Ley 15/2010⁸⁷.

Al ocuparnos del análisis de su contenido, observamos que se trata de una Ley breve, que no obstante lleva a cabo una reforma en profundidad de la normativa sobre morosidad, y que contiene disposiciones de Derecho privado y de Derecho público. Respecto de las primeras se modifica la Ley 3/2004, de 29 de diciembre (art. 1), en concreto se introduce un nuevo concepto de Administración (con la consiguiente modificación del art.2). y se introduce también una definición sobre los plazos de pago; se altera el ámbito de aplicación de la ley (art. 3) y cambia el régimen de la determinación de los plazos de pago (art. 4) siendo este precepto el que experimenta las mayores modificaciones, como más adelante examinaremos. También se altera el artículo 8 (indemnización por costes de cobro), suprimiendo el párrafo 2 su número 2, y el artículo 9 (cláusulas abusivas) al cual adiciona un nuevo apartado 5. Añade además un nuevo artículo 11 (sobre la transparencia en las buenas prácticas comerciales) a la LMOC.

⁸⁵ Disponible en : <http://estaticos.elmundo.es/documentos/2010/01/11/sostenible.pdf>

⁸⁶http://www.economiasostenible.gob.es/wp-content/uploads/2010/03/01_proyecto_ley_economia_sostenible.pdf

⁸⁷ Publicada en el BOE el 6 de julio de 2010, esta Ley, conforme a su Disposición Final, entró en vigor al día siguiente, es decir el día 7 de julio.

Ya en el campo del Derecho administrativo, el artículo segundo de la Ley 15/2010 titulado "seguimiento de la evolución de la morosidad y resultados de la eficacia de la Ley", impone al Gobierno el deber de remitir a las Cortes Generales un informe anual sobre la situación de los plazos de pago (informe que deberá ser publicado en la página web del Ministerio de Industria, Turismo y Comercio). No tenemos constancia de la publicación de estos informes ni del año 2010 ni del 2011

El artículo tercero lleva a cabo la modificación de la Ley 30/2007, de 30 de octubre de Contratos del Sector Público (concretamente cambia la redacción del apartado 4 del artículo 200 y añade un nuevo artículo, el 200 bis y una nueva Disposición transitoria, la 8ª a esta norma). En el capítulo VI de esta tesis analizaremos el contenido de esta modificación, una de las medidas más importantes de la reforma de la ley, y destinada a luchar contra la elevada tasa de morosidad de las Administraciones públicas.

El artículo cuarto, con objeto de controlar la morosidad de las Administraciones públicas, establece la necesidad de que, tanto en el ámbito de la Administración General del Estado, como en el de las Comunidades Autónomas y de los Entes locales, se elaboren informes trimestrales sobre el cumplimiento de los plazos de pago previstos en esta ley. Y el artículo cinco crea el Registro de facturas en las Administraciones locales. Del cumplimiento de estas obligaciones por parte de la Administración Pública daremos cuenta en el capítulo VI

La disposición adicional primera recoge un régimen especial sobre los aplazamientos de pago aplicable a los productos agroalimentarios, cuya interpretación está resultando bastante controvertida, como tendremos oportunidad de desarrollar en el capítulo V; la segunda,

sobre distribución de libros; la tercera, impone a las sociedades mercantiles un deber de información sobre plazos de pago a sus proveedores en la memoria de sus cuentas anuales⁸⁸ y la cuarta, describe una nueva línea de crédito ICO morosidad dirigida a las entidades locales⁸⁹.

La disposición transitoria primera declara la irretroactividad de la ley, la segunda fija un calendario para los plazos de pago entre empresas a que se refiere el artículo 4 LMOC para los años 2011 a 2013, y la tercera fija también un calendario de plazos máximos de pago que abarca un periodo de dos años, para empresas constructoras de obra civil que mantengan contratos con Administraciones públicas. Conforme a los datos de los que disponemos hasta el momento, como veremos en el capítulo VI, el objetivo de estas disposiciones transitorias de lograr una reducción progresiva de los plazos de pago no se ha conseguido.

La disposición derogatoria deroga con carácter general las normas que contradigan o se opongan a esta Ley, con la excepción de aquellas que, sobre determinación de plazos de pago, resulten más beneficiosas para el acreedor.

Como tendremos la oportunidad de comprobar al analizar su contenido, esta Ley sufrió importantes cambios en su proceso de tramitación a lo largo de aproximadamente un año. Varias enmiendas, tanto en el Congreso como en el Senado, alteraron su redacción originaria, como veremos en el capítulo IV. Baste decir aquí que lamentamos el que se haya desaprovechado la ocasión para corregir algunos defectos u olvidos de la Ley 3/2004 (como los

⁸⁸ En cumplimiento de esta disposición se aprobó la Resolución de 29 de diciembre de 2010, del Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas, sobre la información a incorporar en la memoria de las cuentas anuales en relación con los aplazamientos de pago a proveedores en operaciones comerciales de cuyo análisis nos ocuparemos en el capítulo V

⁸⁹ Que finalmente, como explicaremos en el capítulo VI no se llevó a cabo

relativos a la regulación de la reserva de dominio), y para solventar algunas discrepancias respecto del contenido de la Directiva.

2.6 Adecuación de la Ley a la Directiva. La STJCE de 11 de diciembre de 2008

Sin perjuicio de que, existen algunas diferencias entre la Directiva 2000/35/CE y la Ley 3/2004, queremos señalar, en primer lugar que la STJCE 2008/303 de 11 de diciembre,⁹⁰ confirmó la adecuación de la ley española a la Directiva comunitaria. La Comisión de las Comunidades Europeas había solicitado al Tribunal de Justicia que declarase que el Reino de España había incumplido el artículo 3, apartados 1, 2 y 4, de la Directiva al autorizar, en el artículo 17.3 de la LOCM en su versión modificada por la disposición final segunda apartado 1 de la LMOC, un plazo de noventa días para el pago de determinados productos de alimentación y gran consumo (mientras que en el texto comunitario el plazo era de treinta o de sesenta días) y al demorar, en la disposición transitoria segunda de la LOCM introducida por la disposición final segunda apartado 2 de la LMOC, la entrada en vigor de ciertas disposiciones legales hasta el 1 de julio de 2006 (contraviniendo el artículo 6 de la Directiva que no permitía tales demoras). El TJCE, en esta sentencia, desestimó el recurso por considerar infundados todos los motivos alegados por la Comisión.

Respecto al primer motivo consideró que según el artículo 3.1 de la Directiva las partes tienen libertad para fijar en el contrato la fecha o el plazo de pago del precio o prestación pecuniaria y por lo tanto el plazo legal de 30 días de ese precepto sólo debía aplicarse en defecto de estipulación contractual en la materia. Continuaba la sentencia indicando que en el apartado 2 el artículo 3 de la Directiva regula exclusivamente la posibilidad que se otorga a los Estados miembros

⁹⁰ Asunto C.380/06 DOUE 2009/C 32/02, 7 de febrero de 2009

de fijar, en determinados casos, un plazo legal que exceda del de 30 días aplicable si no se establece la fecha o el plazo de pago en el contrato, es decir, que únicamente están comprendidos en ese apartado del precepto los casos en que las partes guarden silencio sobre la materia. Para que el pago pueda aplazarse hasta un máximo de 90 días, el artículo 17.3 LOCM exige precisamente la celebración de un pacto expreso. Por consiguiente no puede considerarse que la aplicación de dicho plazo, acordado contractualmente entre las partes, esté sometida a los requisitos establecidos en el artículo 3.2 de la Directiva. Por todo ello se consideró infundado y se desestimó el primer motivo por el Tribunal.

Con respecto al segundo, la Comisión sostenía que la DT 2ª LOCM introducida por la DF 2ª LMOC demoraba indebidamente la aplicación del plazo de pago de 60 días ya que el artículo 6 de la Directiva fijaba como término de transposición de la misma al Derecho interno de cada Estado el 8 de agosto de 2002 y la Ley española demoraba su aplicación hasta el 1 de julio de 2006. El TJCE admitió las alegaciones de España según las cuales el único objetivo del régimen transitorio de la DT 2ª LOCM era determinar el momento de entrada en vigor de las disposiciones de esta norma y que por consiguiente dicha disposición no demoraba la aplicación de las disposiciones de la LMOC. El TJCE desestimó también el segundo motivo por considerar que la demora en la aplicación de la disposición nacional controvertida no afectaba al respeto por parte de España de las obligaciones que le incumbían en virtud del artículo 3 de la Directiva 2000/35/CE (relativo a la obligación de los Estados miembros de garantizar el respeto a los plazos de pago y a los tipos de interés de demora establecidos).

Aunque las consecuencias y el alcance de las principales diferencias que se observan entre la Directiva 2000/35 y la Ley 3/2004 las analizaremos en el capítulo siguiente, podemos aquí

anticipar que se refieren a las siguientes cuestiones: En primer lugar, y por lo que respecta a su ámbito de aplicación subjetivo se observan diferencias al aludir a la empresa entre el artículo 2.1 de la Directiva y el artículo 2 LMOC: mientras la Directiva se refiere a "organización" (con lo que pretende abarcar tanto a personas físicas como jurídicas, incluso entes sin personalidad jurídica) la LMOC utiliza la expresión "personas físicas o jurídicas". Y La Directiva denomina "poderes públicos"⁹¹ a lo que la ley española llama "Administración"⁹². Por lo que respecta a esta última cuestión, en el apartado 2.2 del capítulo IV analizaremos si esta distinta terminología conlleva también alguna diferencia de contenido o si los términos "poderes públicos" y "Administración" significan lo mismo. Mientras la LMOC excluye expresamente de su ámbito de aplicación a los consumidores, la Directiva no lo hace expresamente aunque ello se deduce al analizar la definición de "operación comercial" contenida en su artículo 2.1⁹³. Tampoco prevé la Directiva la exclusión del régimen en materia de letras de cambio, cheques y pagarés, como lo hace la LMOC.

En segundo lugar, en cuanto a las medidas sustantivas de lucha contra la morosidad, las diferencias más destacadas entre la ley y la Directiva se encuentran en los siguientes puntos: en cuanto a los plazos de pago, existen discrepancias entre el artículo 3.2 de la Directiva, que autoriza a los Estados miembros a fijar plazos no superiores a 60 días en ciertos contratos y la disposición final segunda de la ley que modifica la LOCM y que con respecto de determinados bienes autoriza plazos de hasta 120 días. En la compensación por costes de cobro, mientras la Directiva utiliza la

⁹¹ Definidos en el artículo 2: toda autoridad o entidad contratante tal y como se define en las directivas sobre contratación pública (92/50/CEE, 93/36/CE, 93/37/CEE y 93/98/CEE)

⁹² Según el artículo 2 de la LMOC se considerará como Administración: a las Administraciones públicas, organismos y entidades previstas en los apartados 2 y 3 del artículo 1 del texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio.

⁹³ Artículo 2.1: Definiciones. A efectos de esta Directiva se entenderá por "operaciones comerciales": las realizadas entre empresas o entre empresas y poderes públicos que den lugar a la entrega de bienes o a la prestación de servicios a cambio de una contraprestación

palabra "compensación",⁹⁴ la LMOC emplea el término "indemnización" y el legislador español omite el adjetivo "razonable" que califica a la compensación en la Directiva.

El 23 de febrero de 2011 el DOUE publicó la Directiva 2011/7/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 16 de febrero de 2011 por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales, de cuyo proceso de elaboración hemos dado cuenta en el capítulo II. Esta Directiva deroga, con efectos a partir del 16 de marzo de 2013, la Directiva 2000/35/CE. Por ello debemos también indicar las principales divergencias existentes entre la Directiva 2011/7/UE y la Ley 15/2010. Sobre todo habremos de observar si el legislador español ha tenido en cuenta las reformas en ella planteadas, dado que nuestra ley se ha elaborado, esta vez y a diferencia de lo que sucedió con la ley 3/2004, antes de aprobarse la Directiva sobre la materia. Una primera diferencia, y de gran importancia, que se observa entre la regulación española y la comunitaria se refiere a la determinación del plazo de pago. Mientras que la Directiva 2011/7/UE mantiene el principio de libertad de pacto, y en su defecto el plazo legal de 30 días siempre que se cumplan las condiciones que establece el artículo 3.1, la Ley 15/2010, como más adelante analizaremos, modifica el artículo 4 LMOC eliminando la posibilidad de pactar un plazo entre las partes e imponiendo un plazo de 60 días contados conforme a lo que establece el apartado 1 del indicado precepto. Otra diferencia destacable se detecta en lo referente a los costes de cobro; el artículo 8 de la Ley española sigue utilizando la expresión "indemnización" mientras la Directiva (tanto en su redacción originaria como en la actual) habla de "compensación", pero las diferencias no son sólo de forma sino también de fondo. El precepto de la Ley española se mantiene en su

⁹⁴ También el Derecho alemán (art. 286 BGB) y el holandés utilizan la palabra compensación. El Derecho italiano se refiere a la *determinazione* dei costi di recupero y la versión francesa de la Directiva utiliza la expresión *indemniser*

originaria redacción, con la única diferencia de la supresión del párrafo 2 del apartado 1⁹⁵, mientras que el nuevo artículo 6 de la Directiva 2011/7/UE introduce sustanciales diferencias en cuanto a su primitiva redacción ya que reconoce el derecho del acreedor, cuando pueda reclamar intereses de demora, en todo caso, a cobrar unas cantidades fijas, como mínimo de 40 euros por deuda, en proporción a su importe. Sigue reconociendo además de ello la posibilidad de obtener una compensación “razonable” por todos los demás gastos de cobro, que podrá incluir los gastos que el acreedor haya debido sufragar para la contratación de un abogado o una agencia de gestión de cobro.

En cuanto a los pagos por parte de las Administraciones públicas, la legislación española mantiene el criterio establecido en el artículo 5 de la Directiva en cuanto al plazo de 30 días, pero mientras en ésta es supletorio (en defecto de pacto en el contrato), en la legislación española la posibilidad de pactar un plazo diferente del de 30 días no se prevé, por lo tanto se trata de un plazo imperativo.

Por último, en materia de seguimiento de la evolución de la morosidad y los resultados de la eficacia de la ley, el legislador español, a la vista del fracaso de los mandatos anteriores, no ha hecho referencia a la obligación que el artículo 11 de la Directiva 2011/7/UE impone a los Estados miembros de enviar a la Comisión un informe sobre su aplicación en un plazo de 3 años a contar desde la fecha límite para su transposición que se fija en el 16 de marzo de 2013.

Concluimos así el análisis, desde un punto de vista formal, del proceso de transposición de la normativa comunitaria al Derecho español en el que hemos podido observar cómo la tardanza que el legislador nacional mostró en la elaboración de la Ley de 2004, que

⁹⁵ Que estipulaba que no procederá la indemnización cuando el coste de cobro de que se trate haya sido cubierto por la condena en costas del deudor, de conformidad con lo dispuesto en la LEC

llevó incluso a la denuncia ante el TJCE por incumplimiento del plazo por parte de España (entre otros Estados miembros) no se ha vuelto a repetir sino que, por el contrario, la modificación de la normativa española sobre morosidad se ha redactado, en esta ocasión, con anterioridad a la publicación de la Directiva que modifica la originaria Directiva de morosidad. En los capítulos sucesivos podremos observar si esta anticipación ha implicado algún olvido u omisión importante que deberá subsanarse para no incurrir en una inadecuada transposición de la norma comunitaria. La falta de transposición de la Directiva al Derecho español, además de implicar la posibilidad de que se imponga la correspondiente sanción, llevará consigo el efecto directo de la normativa comunitaria⁹⁶. Y a este respecto, en varios aspectos (el más importante de ellos como acabamos de señalar, el de la libertad de pactos de la Directiva y el plazo obligatorio de 60 días del Derecho español) ambas normativas son divergentes por lo que prevalecerá el Derecho comunitario. Es urgente por tanto que se produzca la transposición antes del 16 de marzo de 2003⁹⁷.

⁹⁶ El efecto directo es un principio básico del Derecho europeo consagrado por el TJUE http://europa.eu/legislation_summaries/institutional_affairs/decisionmaking_process/114547_es.htm

⁹⁷El día 6 de noviembre de 2012 la prensa daba noticia de la pregunta que el portavoz de IU hacía gobierno al respecto de cuando va a efectuar la transposición de la Directiva sobre morosidad. Puede verse en: <http://www.europapress.es/asturias/noticia-llamazares-pregunta-gobierno-cuando-traspondra-directiva-europea-lucha-contra-morosidad-comercial-20121106173925.html>

CAPÍTULO IV

ANÁLISIS DEL CONTENIDO DE LA LEY DE MOROSIDAD (I)

1. Introducción

En este capítulo y en el siguiente, vamos a ocuparnos de analizar el contenido de la normativa española sobre morosidad en las operaciones comerciales. Las principales cuestiones a las que haremos referencia se refieren a su ámbito de aplicación, tanto objetivo como subjetivo, así como a las medidas sustantivas que se han adoptado para combatir la morosidad, es decir: la determinación del plazo de pago, el devengo automático de los intereses de demora, la indemnización por costes de cobro y el pacto de reserva de dominio. Como hemos indicado anteriormente, la ley española sobre morosidad, aprobada en el año 2004, ha sido objeto de modificación seis años después, antes incluso de aprobarse la reforma de la Directiva comunitaria en la materia. En nuestra opinión, va a ser necesario modificar la Ley española, como veremos más adelante, para adaptarse al texto final de la Directiva.

Antes de proceder al análisis del ámbito de aplicación y de las medidas sustantivas adoptadas por la Ley española sobre morosidad, hemos de ocuparnos, aunque sea de forma breve, de dos conceptos previos para el correcto análisis de la Ley de morosidad: el incumplimiento contractual y la mora del deudor. Consideramos que debemos hacer referencia a estos dos conceptos en cuanto que la cuestión principal de la que se ocupa esta tesis (la morosidad en las operaciones comerciales) en tanto que constituye uno de los supuestos de la mora del deudor, es por lo tanto un caso de incumplimiento contractual.

2. Conceptos previos al estudio del régimen previsto en la LMOC

Como se acaba de indicar, antes de entrar a analizar el contenido de la ley de morosidad vamos a tratar de delimitar el concepto de la mora del deudor en el Derecho español y como paso previo a ello debemos referirnos a ésta como una forma de incumplimiento contractual

2.1 El incumplimiento contractual

Ante la ausencia de un concepto legal de incumplimiento¹, y dado que el cumplimiento de la obligación constituye su desarrollo normal al suponer la exacta y completa ejecución de la prestación por parte del deudor² (tampoco la legislación civil define el cumplimiento, aunque se refiere a él como una de las causas de extinción de las obligaciones en el artículo 1156 del Código Civil y lo asimila al pago³),

¹ Aunque en su capítulo II del título I del libro IV "De la naturaleza y efecto de las obligaciones" el Código Civil se refiere a los casos en que tiene lugar el incumplimiento de las obligaciones y regula los efectos del mismo, no contiene una definición de incumplimiento.

² CASTÁN TOBEÑAS, J., *Derecho civil español, común y foral, t. III, Derecho de obligaciones*, 15ª edición, Madrid, 1988, p. 208. Para este autor, así como para el resto de la doctrina clásica más autorizada (v., entre otros, HERNÁNDEZ GIL, A., *Derecho de obligaciones*, Madrid, 1960, p. 277 y BELTRAN DE HEREDIA Y CASTAÑO, J. *El cumplimiento de las obligaciones*, Madrid, 1956, p. 17) el cumplimiento es, ante todo, un modo de extinguir la obligación (como resulta del artículo 1156 C.Cv.). Precisando más el concepto funcional, este último autor considera que el cumplimiento se presenta como la actuación o realización del contenido de la obligación (considera que toda obligación tiene en sí un programa de prestación que ha de realizarse, y que cumplir la obligación es, simplemente, realizar ese programa de prestación. El cumplimiento tiene que ajustarse a los puntos establecidos en aquel programa, pues solo cuando este programa esté totalmente realizado es cuando verdaderamente podrá decirse que se ha cumplido la obligación, cit. p. 42. En la doctrina más reciente, v. DIEZ-PICAZO GIMENEZ, G., *La mora y la responsabilidad contractual*, ed. Civitas, Madrid, 1996, p. 348 para quien cumplir la obligación es sinónimo de realizar exacta y totalmente la prestación debida. CARDENAL FERNÁNDEZ, J., *El tiempo en el cumplimiento de las obligaciones*, Madrid, 1979, p. 29, prefiere la idea de cumplimiento de la obligación como efecto de la misma y no como una de las causas de su extinción. Considera que el cumplimiento es, antes que nada, la actuación del medio jurídicamente establecido para la satisfacción del interés del acreedor.

³ Para DIEZ PICAZO y GULLÓN el pago, en un sentido general, es el acto de realización de la prestación debida en virtud de una relación obligatoria. El pago es, en primer lugar, un acto de cumplimiento del deber jurídico o deuda que pesa sobre el deudor. El pago es, en segundo lugar, la manera que el deudor tiene de liberarse de la obligación (*solutio*). El pago

optaremos por entender el incumplimiento contractual en un sentido amplio que comprenda cualquier contravención del tenor de la obligación, se llegue o no al definitivo incumplimiento, o se logre o no la realización de la obligación⁴, superando así aquellas definiciones del incumplimiento basadas en criterios subjetivistas⁵. De este modo, y coherentemente con la consideración antes realizada sobre la necesidad de que el cumplimiento suponga la realización del programa prestacional pactado, el incumplimiento contractual comprendería todos aquellos supuestos que se desvían de dicho programa: incumplimiento definitivo, incumplimiento defectuoso, incumplimiento parcial e incumplimiento retrasado (los tres últimos son los que se tipifican como incumplimiento relativo o impropio)

El incumplimiento definitivo, también llamado incumplimiento propio o absoluto, que afecta a la esencia de la obligación, haciendo imposible la realización de la misma, incluiría todos aquellos supuestos en los que no se lleva a cabo la prestación y es objetivamente imposible realizarla, aquellos en los que se lleva a cabo un prestación de forma inexacta y es imposible objetivamente realizarla de forma exacta o aquellos en que es posible objetivamente realizar la prestación pero sin que ello satisfaga al acreedor; también se incluirían los supuestos en los que siendo posible objetivamente realizar la prestación, el deudor se niegue o rechace su cumplimiento.

es, finalmente, la forma de satisfacer el interés del acreedor (DIEZ PICAZO, L. y GULLÓN, A., *Sistema de Derecho civil*, vol. II, Tecnos, Madrid, 1986, p. 236). Precisa LACRUZ BERDEJO, que las expresiones pago y cumplimiento (sinónimas) significan la observancia de la conducta debida (el pago presupone una deuda preexistente) en cuanto satisfactoria del acreedor y conforme al tenor de la obligación (LACRUZ BERDEJO, J.L., *Elementos de Derecho civil, II, Derecho de obligaciones, vol. I*, Barcelona, 1977, p. 79)

⁴ Como indica DIEZ-PICAZO GIMENEZ, G., *La mora y...* cit. p. 358 y 384 siguiendo a BELTRAN DE HEREDIA Y CASTAÑO, para quien el concepto de incumplimiento tiene que ser amplio, tan amplio que sea capaz de abarcar cualquier tipo de alteración, modificación, variación o perturbación que sufra la prestación (BELTRAN DE HEREDIA Y CASTAÑO, J. *El cumplimiento...*cit. p. 18)

⁵ Seguidas entre otros por CASTÁN TOBEÑAS, J., *Derecho civil español...*cit., o PUIG PEÑA, F., "El incumplimiento contractual como acto injusto", *RDP*, 1945, pp. 151 y ss. y RODRIGUEZ-ARIAS BUSTAMANTE, L., *Derecho de obligaciones*, EDESA, Madrid, 1965. Este último autor considera el incumplimiento como "aquella situación antijurídica que se produce cuando, por la actividad culpable del obligado a realizar la prestación, no queda la relación jurídica satisfecha en el mismo tenor en que se contrajo, reaccionando el Derecho contra aquél para imponerle las consecuencias de su conducta (cit. p. 194)

El incumplimiento defectuoso habremos de referirlo a las prestaciones que no reúnan los requisitos de identidad e integridad en el pago, los vicios o defectos del objeto, la prestación no ofrecida a las personas que deben recibirla o el cumplimiento realizado en circunstancias de tiempo y lugar diferentes de las convenidas.

El incumplimiento parcial incluiría los supuestos de obligación negativa, pecuniaria y cualquier tipo de obligación susceptible de división, bien respecto de su objeto o bien respecto al tiempo en que ha de llevarse a cabo el cumplimiento de la prestación que constituye el objeto de la obligación.

Finalmente, el incumplimiento retrasado incluirá los supuestos de mora, a cuyo estudio más detallado dedicaremos el próximo epígrafe. Como han señalado recientemente algunos autores⁶, y se ha recogido en la regulación de la LMOC, habrá de incluirse también en este supuesto los casos de "simple retraso", que la doctrina y la jurisprudencia tradicionalmente no consideraban entre los supuestos de incumplimiento al entender que debía de haber previa constitución en mora del deudor.

Por último, y por lo que se refiere a los efectos que del mismo se derivan, el incumplimiento puede tener lugar por causas independientes de la voluntad del deudor (caso fortuito o fuerza mayor) o por causas dependientes de su voluntad (dolo o culpa). El incumplimiento que depende de la voluntad del deudor, sujeta a éste a las consecuencias de la responsabilidad derivadas de aquél. Sin embargo, el incumplimiento que tiene lugar por circunstancias ajenas a su voluntad no lleva consigo responsabilidad para el deudor. El artículo 1101 del Código Civil así lo establece, al sujetar a la indemnización de los daños y perjuicios a los que en el cumplimiento

⁶ DIEZ-PICAZO GIMENEZ advierte sobre los peligros que acarrea considerar el retraso como algo irrelevante para el Derecho ya que puede fomentar la mora en el tráfico jurídico y puede llegar a obstaculizar la circulación del tráfico jurídico y comercial. Considera esta autora que para fomentar la celeridad de los negocios, la productividad y para aminorar los riesgos en las empresas lo mejor es adoptar un criterio de responsabilidad objetiva por incumplimiento y un concepto de cumplimiento estricto y riguroso (DIEZ-PICAZO GIMENEZ, G, *La mora y...* cit. p. 411 y ss.)

de sus obligaciones incurran en dolo, negligencia o morosidad. Por el contrario, el artículo 1105 CCv. excluye de esa responsabilidad a los deudores cuando el incumplimiento se haya debido a caso fortuito y fuerza mayor⁷. No obstante, esta regla general conoce excepciones, como veremos que sucede en el caso que nos ocupa, es decir, en el caso de la mora.

2.2 La mora del deudor

La mora es una modalidad de incumplimiento contractual. Supone el retraso en la actividad que toda obligación comporta, es decir, el retraso en el pago o cumplimiento. Por eso el deudor se hallará en mora cuando, llegado el día en el que tenía que haber llevado a cabo el cumplimiento no lo haya realizado. El acreedor se encontrará en esa situación cuando, ofrecido el pago por el deudor, se niegue sin razón a admitirlo⁷. La mora se define como una situación tipificada de retraso en el cumplimiento de las obligaciones, debida al dolo o a la negligencia del deudor al no satisfacer oportunamente la prestación a la que estaba obligado, o a la imposibilidad o culpa del acreedor al no realizar cuanto es necesario para recibirla, que produce una lesión en el patrimonio de éste⁸. Las consecuencias de una u otra son diferentes. En este trabajo vamos a limitarnos al análisis de la mora del deudor (*mora solvendi*). Somos conscientes de que se trata de una institución cuyo estudio excede del ámbito y del propósito de este trabajo (morosidad en las operaciones comerciales) por lo que aquí haremos sólo un breve repaso a la regulación de la mora en el momento en que se publicó la LMOC para observar los cambios que la misma ha supuesto en el régimen jurídico existente entonces.

⁷ Por todos CASTÁN TOBEÑAS, J., *Derecho civil español...* cit. p. 210

⁷ COCA PAYERAS, M., voz "mora", *EJB*, t.III, Madrid, 1995, p. 4340

⁸ Como indica CANO MARTÍNEZ DE VELASCO, J.I. en su monografía *La mora*, EDERSA, Madrid, 1978, p. 42. Este autor considera un error el estudio separado de los diferentes tipos de mora (*solvendi* y *accipiendi*) ya que ésta responde a una idea integral (op. cit. p. 14)

Si tomamos como punto de partida el artículo 1100 del Código Civil, que es el que hasta la publicación de la LMOC contenía, junto con el artículo 63 del Código de Comercio, la regulación en el Derecho español del instituto de la mora, podemos decir que la mora del deudor es el retraso jurídicamente relevante en el cumplimiento de la obligación, que ni impide ni hace inútil el cumplimiento tardío, y del que es responsable el deudor⁹. Para que pueda hablarse de mora, y de acuerdo con lo indicado en el anterior epígrafe respecto a los tipos de incumplimiento de las obligaciones, es preciso que no se haya producido un cumplimiento puntual y tempestivo de la obligación en el momento establecido para ello, pero es necesario también que la obligación pueda todavía ser cumplida y que cumplida retrasadamente sea idónea para satisfacer el interés del acreedor¹⁰.

Llegados a este punto, es preciso delimitar dos conceptos: el de mora y el de retraso. Numerosos son los civilistas que, desde hace mucho tiempo, se han ocupado de esta cuestión¹¹ y es unánime la tesis de que la mora y el retraso no son sinónimos. Existe retraso si, llegado el vencimiento de la obligación el deudor no ha cumplido lo pactado y para cumplir exacta y correctamente la prestación a la que

⁹ ALBALADEJO GARCÍA, M., "Comentario al artículo 1100" en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, T. XV, vol. 1º, EDESA, Madrid, 1989, p. 355. V. ad ex STS de 30 de junio de 1971 (RJ/1971/1538) conforme a la cual la mora es el retraso culpable que no quita la posibilidad del cumplimiento tardío de la obligación, porque si por consecuencia del retraso desapareciera la posibilidad de cumplir la obligación, más que mora habría incumplimiento total

¹⁰ DÍEZ PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L. *Fundamentos de Derecho civil patrimonial*, Tecnos, Madrid, 1970, p. 664. Como indica ESPÍN CÁNOVAS, a diferencia del verdadero incumplimiento que hace imposible la realización de la prestación, el mero retraso da lugar tan solo a un incumplimiento temporal que no impide el ulterior cumplimiento. Cuando dicho retraso es debido a culpa y no a caso fortuito, se denomina técnicamente mora. Por tanto, puede definirse la mora como el retraso culpable en el cumplimiento de la obligación, que no impide su ulterior cumplimiento por no hacer imposible la prestación (ESPÍN CÁNOVAS, D., *Manual de Derecho español*, vol. III, obligaciones y contratos, 5ª ed. revisada y ampliada, Madrid, 1978, p. 204)

¹¹ Sin ánimo de exhaustividad, DÍEZ PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., "El retardo, la mora y la resolución de los contratos sinalagmáticos", *ADC*, 1969, p. 383 y ss.; CASTÁN TOBEÑAS, J., *Derecho civil español, t. III, Derecho de obligaciones, la obligación y el contrato en general*, cit. p. 209; DELGADO ECHEVARRÍA, J. en LACRUZ BERDEJO, J.L., *Elementos de Derecho civil, t. II, Derecho de obligaciones*, vol. 1º, Parte General, Delito y cuasi delito, 2ª ed. Bosch, Barcelona, 1985, p. 245; CANO MARTÍNEZ DE VELASCO, J.I., *La mora...* cit. p. 17 y más recientemente GRAMUNT FOMBUENA, M.D., *La mora del deudor*, Bosch, Barcelona, 1993, *passim*.

se ha obligado es preciso otorgarle un plazo de tiempo superior al previsto y pactado en el momento de constitución de la obligación. Sin embargo, se encuentra en situación de mora aquel deudor incumplidor al que le ha sido exigido el cumplimiento, salvo que la ley o las partes hayan prescindido de tal requisito expresa o tácitamente. Pero el significado o fundamento de realizar tal interpelación o no hacerlo es sola y exclusivamente uno: trasladar al deudor los riesgos fortuitos que puedan afectar a la tardía ejecución de la prestación (*perpetuatio obligationis*¹²). Como hemos señalado en el epígrafe anterior, la jurisprudencia y la doctrina tradicionales excluían de los supuestos de incumplimiento el retraso en el pago, por considerar que no tenía transcendencia desde el punto de vista sustancial, sin embargo actualmente y por los peligros que pueden llevar consigo se entiende que por sí mismos, los “simples retrasos” en el pago pueden dar lugar a incumplimiento, sin necesidad de la previa constitución en mora¹³.

2.2.1 Requisitos de la mora del deudor

Los requisitos para que el deudor, conforme a la normativa española vigente hasta el momento de la publicación de la LMOC, se encuentre en mora eran los siguientes:

1º Que la obligación principal sea una obligación positiva: de dar o de hacer, como se deduce del artículo 1100 del Código Civil conforme

¹² En el Derecho romano la mora *debitoris* producía como consecuencia la llamada *perpetuatio obligationis*. La obligación se perpetuaba en el sentido de que quedaba inmodificablemente fijada. La consecuencia más importante de ello era una especial agravación de la responsabilidad del deudor moroso. El deudor moroso no podía exonerarse por la pérdida fortuita de las cosas debidas. No obstante, la jurisprudencia imperial y el Derecho justiniano admitieron que el deudor se liberara demostrando que el acreedor hubiera perdido igual la cosa si ésta le hubiera sido puntualmente entregada (v. DÍEZ PICAZO, L. *Fundamentos...* cit. p. 676)

¹³ Sobre la importancia del retraso en el cumplimiento de las obligaciones v. DÍEZ PICAZO, L. *Fundamentos...* cit. p. 664 y DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, G., *La mora...* cit. p. 415 y ss. Como indica esta autora seguir sustentando la teoría de la irrelevancia de los retrasos en los pagos implica, entre otros importantes riesgos el del fomento del pago moroso y el aumento de la litigiosidad y el incremento de los costes procesales al pesar sobre el acreedor la carga de la prueba.

al cual incurren en mora los obligados a entregar o hacer alguna cosa. Aunque la mayor parte de la doctrina¹⁴ mantiene este criterio y considera que no es posible hablar de mora en las obligaciones de no hacer, ya que más que mora habría incumplimiento propio y definitivo, otros autores¹⁵ consideran que es posible que se produzca la mora en las obligaciones de no hacer cuando el deber de abstención comienza a partir de un determinado momento y llegado el día no se ha iniciado el comportamiento omisivo previsto, entonces habrá mora y sin embargo si una vez iniciado ese comportamiento resultara vulnerado habría incumplimiento definitivo.

2º Que se trate de una obligación exigible. La exigibilidad supone que haya llegado el vencimiento de la obligación si se trata de una obligación a término o a plazo o que se haya cumplido la condición, si se trata de una obligación condicional. Conforme al tradicional principio *in illiquidis non fit mora* la jurisprudencia¹⁶ ha venido exigiendo que la deuda fuese líquida. No obstante, hay que indicar que a veces la interpretación de este principio ha planteado problemas y puede resultar perjudicial para el acreedor en aquellos casos en los que, habiendo acuerdo de las partes en cuanto a la existencia de la deuda, la discrepancia se produce solamente en relación a su cuantía. Y ello porque, aunque la deuda sea indeterminada, existe y es exigible y quien debe algo y no paga nada no obra conforme a derecho. Si lo que se discute es la cuantía de la prestación, se debería considerar al deudor en mora en la cantidad

¹⁴ CASTÁN TOBEÑAS, J., *Derecho civil...* cit. p. 211; ALBALADEJO GARCÍA, M., "Comentario al ... cit. p. 359; DELGADO ECHEVARRÍA, J. *Elementos...* cit. p. 247; CANO MARTÍNEZ DE VELASCO, J.I., *La mora...* cit. p. 104

¹⁵ DÍEZ PICAZO, L., *Fundamentos...* cit. p. 670; MOISSET DE ESPANES, J., "Incumplimiento y mora en las obligaciones de no hacer" *RGLJ*, 1975, I, pp. 345 y ss.

¹⁶ Ya en sentencias de los primeros años del siglo XX (S de 15 de marzo de 1926, 19 de diciembre de 1951, 2 de junio de 1953, 25 de junio de 1957 y 22 de octubre de 1968, todas ellas citadas por la S de 12 de julio de 1988 (RJ/1988/5687) y en una línea jurisprudencial consolidada, entre otras en las SS TS de 29 de enero de 1985 (RJ, 1985, 807) de 20 de mayo de 1987 (RJ 1987, 3539), de 12 de julio de 1988 (RJ, 1988, 5687), de 5 de marzo de 1990 (RJ, 1990. 1896)

reconocida por él como deuda¹⁷. Por ello la doctrina del TS sobre la interpretación de este precepto ha ido cambiando al reconocer que si bien es cierto que la jurisprudencia, en aplicación de la regla *in illiquidis non fit mora*, mandaba desestimar la pretensión de condena del deudor a pagar los intereses de demora cuando la sentencia que ponía fin al proceso declaraba que la deuda que los podía generar era inferior a la reclamada en la demanda, no menos cierto es que dicho criterio se fue paulatinamente abandonado¹⁸ para dar paso a otro conforme al cual se rechaza todo automatismo en la aplicación del brocardo, centrándose en la valoración de la razonabilidad de la oposición del deudor a aceptar como debida la cantidad que se le reclama.¹⁹

3º Que el deudor sea culpable del retraso. Aunque el artículo 1100 del Código Civil nada dice al respecto, tanto la doctrina²⁰ como la jurisprudencia²¹ han considerado necesaria la concurrencia de culpa o dolo por parte del deudor para que tenga lugar la mora, apoyándose

¹⁷ DÍEZ PICAZO, L., *Fundamentos...* cit. p 671; ALBALADEJO GARCÍA, M., "Comentario al ... cit. p. 357;

¹⁸ Así en la S TS de 5 de marzo de 1992 (RJ, 1992, 2389), seguida, entre otras por las de 18 de febrero de 1994 (RJ, 1994,1097), de 21 de mayo de 1998 (RJ, 1998, 3800), de 30 de julio de 1999 (RJ, 1999, 6218) o de 25 de marzo de 2004 (RJ, 2004, 2149) se consideraba que una diferencia no desproporcionada entre lo concedido con lo pedido no era ya un obstáculo para la condena a intereses de demora cuando el acreedor requiriera al deudor siempre que pudiera deducirse fácilmente la existencia del crédito a favor del demandado.

¹⁹ Como señala el F. J. 3º de la S TS de 11 de septiembre de 2008 (RJ/2008/5558). En esta sentencia se destaca que esta nueva línea jurisprudencial se recoge también en las sentencias de 16 de noviembre de 2007 (RJ/2007/8115), de 19 de mayo de 2008 (RJ/2008/3545) y que este moderno criterio da mejor respuesta a la naturaleza de la obligación y al justo equilibrio de los intereses en juego. Las razones en las que se basa esta doctrina son, entre otras: la función resarcitoria de la tardanza que cumplen los intereses moratorios, la natural productividad del dinero, la diversidad de grados de determinación de las deudas y la progresiva revisión de los criterios de imputación al deudor del retraso en el cumplimiento (basados en la culpa) así como en la comprobación de que esos criterios tradicionales dejaban la aplicación de la sanción en manos del propio deudor al que bastaba con negar la deuda o discutir la cantidad reclamada para hacerla indeterminada. También se refieren a esta doctrina las SS TS de 26 de octubre de 2010 (RJ/2010/7605) y de 5 de diciembre de 2011 (RJ/2012/29)

²⁰ CASTÁN TOBEÑAS, J., *Derecho civil...* cit. p. 212.; ESPÍN CÁNOVAS, D., *Manual ... cit. p. 206*; PUIG BRUTAU, J., *Fundamentos de Derecho civil I*, 2º, 2ª ed., 1976, p. 485; ALBALADEJO GARCÍA, M., "Comentario al ... cit. p. 359; DELGADO ECHEVARRÍA, J., *Elementos...* cit. p. 247; DÍEZ PICAZO, L., *Fundamentos...* cit. p 672; CANO MARTÍNEZ DE VELASCO, J.I., *La mora..* cit. p. 27 y ss.

²¹ Así desde la STS de 29 de diciembre de 1892, 13 de junio de 1944, 21 de diciembre de 1954, 23 de octubre de 1957 (RJ/1957/3391), 18 de junio de 1964 (RJ/1964/2170), 8 de junio de 1966, 26 de febrero de 1970, 14 de octubre de 1975, 2 de enero de 1980 (RJ/1980/77) y 12 de febrero de 1986 (RJ/1986/549)

para ello en el artículo 1105 del Código civil que, en materia de responsabilidad, excluye de ésta al deudor cuando se trata de sucesos que no hubieran podido preverse o que previstos fueran inevitables. Dado que en ese precepto el deudor no responde si concurre fuerza mayor, menos responderá cuando por tal causa solo se ve imposibilitado de cumplir a tiempo.

La culpa del deudor se presume, mientras no se demuestre lo contrario, por aplicación de la regla general del artículo 1183 del Código Civil, conforme al cual cuando la cosa se pierde o destruye en poder del deudor, se presume que la pérdida ocurrió por su culpa, salvo que se pruebe lo contrario. Por tanto, la carga de la prueba de la ausencia de culpabilidad recae sobre el deudor. Como veremos en el epígrafe 1.4.2 del capítulo V, la cuestión de la concurrencia de culpa del deudor para la existencia de la mora se ha vuelto a plantear con ocasión de la publicación de la LMOC.

4º Que el acreedor reclame el pago al deudor, como exige el artículo 1100 del Código Civil²². Es preciso que el acreedor, una vez vencida la deuda, se dirija al deudor interpelándole, intimándole para que cumpla con su obligación. Y esa reclamación puede ser judicial o extrajudicial²³. La reclamación extrajudicial puede serlo mediante documento público (requerimiento notarial), privado (carta) o incluso verbalmente.

No obstante, existen algunos casos, a los que se refiere a continuación el artículo 1100 C.Cv., en los cuales no es necesario que se lleve a cabo la indicada intimación o requerimiento, ya que rige la máxima romana *dies interpellat pro homine*. Los casos en los que la mora se produce de forma automática (*mora ex re*), sin necesidad de

²² "Incurren en mora los obligados a entregar o hacer alguna cosa desde que el acreedor les exija judicial o extrajudicialmente el cumplimiento de su obligación"

²³ La exigencia de la reclamación judicial o extrajudicial de la deuda para la constitución en mora es doctrina jurisprudencial que se manifiesta entre otras en las S TS de 30 de diciembre de 1993 (RJ/1993/9906), S TS de 11 de noviembre de 1999 (RJ/1999/8210), de 8 de febrero de 2000 (RJ/2000/623) y S TS de 1 de septiembre de 2004 (RJ/2004/5471). Sobre la intimación, v. por todos HERNÁNDEZ GIL, F., "La intimación del acreedor en la mora "ex persona", *ADC*, 1962, pp. 331 a 364.

la indicada interpelación son los exceptuados por la ley (dentro de los cuales se encuentran las obligaciones mercantiles conforme al artículo 63 del Código de comercio, como ha explicitado la jurisprudencia del TS en numerosas sentencias²⁴), los casos en que la obligación lo declare expresamente (ha de tratarse de un pacto expreso por el que se prevea el automatismo de la mora) y aquellos supuestos en los cuales de la naturaleza y circunstancias de la obligación resulte que la designación del momento del cumplimiento fue un motivo determinante para establecer la obligación²⁵.

La cuestión que más polémica ha suscitado a la hora de estudiar la mora del deudor ha sido la regulación establecida por el Código Civil para el supuesto de las obligaciones recíprocas en el párrafo final del artículo 1100, ya que se ha planteado si se trata de un supuesto equiparable al de la mora automática o si se sigue exigiendo intimación o requerimiento al deudor en ese tipo de obligaciones. La doctrina tradicional²⁶, basándose en una interpretación literal del precepto, sostenía que no era necesario el requerimiento por parte del acreedor para que el deudor incurriera en mora en las obligaciones recíprocas. Posteriormente, en la doctrina que ha analizado más a fondo la cuestión, han aparecido tres criterios defendidos por tres reputados civilistas que intentan dar una solución definitiva a este problema. La primera postura²⁷ mantiene que este

²⁴ Así por ejemplo en la S TS de 18 de junio de 1982 (RJ/1982/3429) en un caso de seguro contra incendios, la S TS de 16 de julio de 1982 (RJ/1982/4244) en un supuesto de letra de cambio y la S TS de 28 de octubre de 1991 (RJ/1991/7486) referida a un contrato de suministro de energía eléctrica.

²⁵ Como indica la doctrina, aunque en un principio y literalmente parece referirse aquí al término esencial, ello no es así ya que la mora implica siempre la posibilidad de un cumplimiento tardío y en los casos de término esencial este cumplimiento posterior no es posible ya que no satisface al acreedor. Hay que entender que se alude a los supuestos en los que, a pesar de no haberse pactado un término esencial, la prestación tiene un carácter urgente en la mente de los contratantes y según su propia naturaleza o se deduce de sus circunstancias, realizada tardíamente sigue teniendo utilidad para el acreedor; esta es la opinión mayoritaria como indica DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, G., en *La mora...* cit. p. 553

²⁶ CASTÁN TOBEÑAS, J., *Derecho civil...* cit. p. 164.; ESPÍN CÁNOVAS, D., *Manual ...* cit. p. 209, JORDANO BAREA, J.B., "Cumplimiento tardío y facultad resolutoria", *Anuario de Derecho civil*, 1951, p. 306

²⁷ Defendida por ALBALADEJO GARCÍA, M., "La mora en las obligaciones recíprocas", *RCDI*, 464, 1968, pp. 9 y ss. Añade nuevos argumentos y replica a las críticas a sus postulados hechas por otros autores en su obra "De nuevo sobre la mora en las obligaciones

precepto, para las obligaciones sinalagmáticas, añadía al requisito de la interpelación por parte del acreedor, el de que éste hubiera cumplido con su obligación, lo cual derivaba de la naturaleza de estas obligaciones, basando su teoría en que si fuera un caso de mora automática se hubiera redactado como nº 3 del artículo 1100 y además viene exigido por una correcta interpretación del artículo 1501 C.Cv. La segunda tesis de la doctrina²⁸ considera que en el artículo 1100 del Código Civil se contiene un régimen jurídico para las obligaciones unilaterales que descansa en la necesidad de interpelación del acreedor (y que reconoce las excepciones que expresamente cita, de mora automática) y otro para las recíprocas que se apoya, de manera fundamental en el cumplimiento por parte del acreedor. Una última teoría²⁹, a la cual nos adherimos, sostiene que las dificultades de interpretación del artículo 1100 *in fine* se derivan de no haber llevado a cabo el Código la distinción entre obligaciones recíprocas de cumplimiento simultáneo y las obligaciones de cumplimiento no simultáneo ya que en estas últimas el precepto no casa debidamente y por tanto la interpretación ha de realizarse acudiendo a los principios generales en materia de obligaciones sinalagmáticas. Esta teoría encuentra apoyo en la jurisprudencia, así podemos citar la S TS de 5 de marzo de 1999 (RJ/1999/1403)³⁰, con

recíprocas", AA.VV., *Estudios Homenaje a J.B. Vallet de Goytisolo*, vol. I, Madrid, 1988, pp. 29 y ss. Se suma a esta postura también OGÁYAR Y AYLLÓN, T., *Efectos que produce la obligación bilateral. Doctrina jurisprudencial sobre los artículos 1124 y 1504 del Código Civil*, Aranzadi, Pamplona, 1983, p. 28 y ss.

²⁸ Mantenido por CRISTOBAL MONTES, A., *La mora del deudor en los contratos bilaterales*, Civitas, Madrid, 1984

²⁹ Cuyo máximo exponente es DÍEZ PICAZO, L., *Fundamentos...* cit. p. 677

³⁰ En su FJ.1º declara ".....No obstante las controversias doctrinales suscritas por la interpretación del último párrafo del artículo 1100 del Código civil, en relación con la mora en las obligaciones recíprocas, el sector más significativo de la doctrina está de acuerdo en la necesidad de interpelación por el vendedor que ha cumplido su obligación de entrega para poner en mora al deudor del precio, cuando se trata de obligaciones de cumplimiento no simultáneo y en este sentido se manifiesta la jurisprudencia mas moderna, según la cual la mora automática sólo se produce en las obligaciones recíprocas de cumplimiento simultáneo; dice la Sentencia de 29 de marzo de 1985 (RJ 1985, 1256), citada en la de 23 de marzo de 1992 (RJ 1992, 2277), que "el juego propio de las obligaciones bilaterales provoca la constitución en mora de uno de los obligados cuando el otro sujeto del contrato cumplió. las suyas, efecto que se produce de modo automático cuando se trata de negocios en los que las prestaciones de las partes han sido convenidas como de simultánea efectividad, sin referirlas a tiempos diversos"

cita de otras sentencias en la misma línea. En ellas se hace referencia a esta doctrina conforme a la cual la mora en las obligaciones recíprocas es automática sólo en aquellas en las que se produzca un cumplimiento simultáneo. Si existe aplazamiento en el cumplimiento de las prestaciones se entenderá que para que el deudor incurra en mora es preciso el requerimiento o intimación por parte del acreedor³¹.

2.2.2 Efectos de la mora del deudor

Las dos consecuencias que para el deudor tiene haber incurrido en mora son el deber de indemnizar al acreedor los daños causados por el retraso en el cumplimiento de la obligación y que, a partir de la mora, su responsabilidad se agrava ya que se extiende no sólo a los supuestos en que el incumplimiento se deba a su culpa sino también al caso fortuito o fuerza mayor. La primera de estas consecuencias (el deber de indemnización) se basa en el artículo 1101 del Código Civil, que cita expresamente el supuesto de mora como uno de los que dan lugar a ese deber de indemnización. La indemnización comprenderá tanto el daño emergente como el lucro cesante (artículo 1106 CC.) y se establece en el artículo 1108 una regla especial para las obligaciones pecuniarias (salvo que otra cosa se haya pactado, la indemnización consistirá en el pago de intereses convenidos y a falta de convenio en el interés legal). En cuanto a la segunda de las consecuencias derivadas de la constitución en mora del deudor, la llamada *perpetuatio obligationis*, en el Derecho español se ha plasmado en los artículos 1096.3 y 1182 del Código Civil conforme a los cuales cuando el obligado a entregar una cosa determinada se constituye en mora serán de su cuenta los casos fortuitos hasta que

³¹ Mas recientemente defiende esta línea doctrinal MARTÍN RODRÍGUEZ, M.A., *La unificación civil y mercantil de la contratación privada*, Editorial Universitaria Ramón Areces, 2007, p. 132. v/lex <http://vlex.com/vid/significado-duplicidad-teorias-civiles-454588>. Para este autor este criterio es aplicable también a la mora en las obligaciones mercantiles

se realice la entrega y esa obligación quedará extinguida cuando se pierda o destruya sin culpa del deudor y antes de haberse éste constituido en mora, por lo tanto, a *sensu* contrario, no se extingue si se encuentra en mora.

El Código Civil español establece el momento en que nace la mora, pero no se refiere al momento en el que ésta cesa. Podemos decir³² que concluye de las formas siguientes: a) el cumplimiento o cualquier otra causa de extinción de la obligación, b) la concesión de una prórroga o aplazamiento del momento del cumplimiento (moratoria) que puede tener lugar por la voluntad del acreedor o por la ley, c) la incursión en mora por el acreedor y d) si se trata de obligaciones recíprocas, la mora de la otra parte contratante. Una vez concluida la mora no surgen nuevos efectos, pero el deudor sigue obligado a cumplir la prestación y a indemnizar los efectos que la mora hubiera producido antes de su cesación (por ejemplo el pago de los intereses moratorios desde que incurrió en mora hasta que se le concedió un aplazamiento del pago)

2.2.3 Los cambios introducidos por la LMOC

La aprobación de la LMOC ha supuesto un nuevo enfoque en el planteamiento de la institución de la mora respecto a la regulación que sobre la misma estaba contenida en el Código Civil (para las obligaciones civiles) y el Código de Comercio (para las mercantiles).

Y ha supuesto un nuevo enfoque porque la LMOC es actualmente la que regula la mora en las obligaciones pecuniarias entre empresas y ello tanto si consideramos a la LMOC una ley especial frente al C.Cv. y al C.Com. como si la consideramos una ley general (al ser posterior a las últimas citadas las deroga en este punto conforme a lo que establece su disposición derogatoria). Eso si, debemos recordar que se trata de un régimen jurídico sobre la mora aplicable a las

³² Con ALBALADEJO GARCÍA, M., "Comentario al ... cit. p. 373

obligaciones de pago de deudas dinerarias, frente al más amplio de los artículos 1100 C.Cv. y 63 del C.Com. y que se aplicará además sólo a las obligaciones mercantiles recíprocas o bilaterales³³, por lo tanto la derogación no es total ya que las normas del C.Cv. y del C.Com. se aplicarán al resto de las obligaciones a las que no alcance la LMOC, esto es, aquellas que no incluyan o se refieran a obligaciones de pago de deudas dinerarias.

Los cambios más destacados que la LMOC ha introducido en el régimen general de la mora, que serán desarrollados en este capítulo son éstos:

Primero, la equiparación entre la mora y el retraso en el pago. Tradicionalmente y como hemos visto, la doctrina distinguía entre mora y retraso, de manera que el simple retraso no producía efectos si no iba acompañado de otros requisitos y si no daba lugar a la mora. En la actualidad, y conforme a lo que se deriva del contenido de los artículos 2 c) LMOC (que define la morosidad como el incumplimiento de los plazos legales o contractuales de pago) y 5 LMOC (que proclama la mora automática y la generación inmediata de la obligación de pago de intereses de demora por parte del deudor), la mora ya no es una institución intermedia entre el retraso y el incumplimiento sino que ambos (mora y retraso, producen el mismo efecto), al menos, insistimos, en el ámbito de las obligaciones pecuniarias.

En segundo lugar, la LMOC ha suprimido el requisito de la *interpellatio morae*, que regía para las obligaciones mercantiles que tuvieran señalado un plazo de vencimiento según el artículo 63 del Código de Comercio (*dies interpellat pro homine*). La LMOC rotundamente declara, en su artículo 5 que el deudor incurrirá en mora y deberá pagar los intereses pactados o los legales automáticamente por el mero incumplimiento del pago, sin necesidad

³³ Al ámbito de aplicación objetivo y subjetivo de aplicación de la ley nos vamos a referir, en el epígrafe siguiente

de aviso de vencimiento ni intimación alguna por parte del acreedor. Nos remitimos para el estudio detallado de esta cuestión al epígrafe correspondiente. No obstante indicaremos aquí la lógica del establecimiento de este principio, no sólo por coherencia con lo previsto para las obligaciones mercantiles en el C.Com. sino también porque responde a la finalidad de la normativa de morosidad de proteger a los acreedores que sufren las consecuencias de la falta de pago de los deudores. Además atiende al tiempo en que ha de ser aplicada, puesto que la realidad del tráfico mercantil muestra un elevado incumplimiento del plazo de pago en las operaciones comerciales.

La LMOC pone de manifiesto un concepto de mora no basado ya exclusivamente en la culpa del deudor; aparecen en el mismo aspectos objetivos. Aunque no podamos hablar de un sistema totalmente objetivo ya que, el artículo 6 LMOC excluye la responsabilidad del deudor cuando pruebe que no es culpable del retraso. En cualquier caso, está claro que la Ley se aparta del criterio tradicional, de construcción doctrinal ante la falta de declaración expresa de la Ley, basado en la responsabilidad por culpa del deudor. Sobre estas cuestiones volveremos en el epígrafe 1.4 del capítulo V.

Por otra parte es preciso destacar la escasa trascendencia que en la LMOC tiene el tradicional principio *in illiquidis non fit mora*. Se considera que, (nuevamente atendiendo al espíritu y finalidad de la normativa sobre morosidad en la que debe prevalecer la protección al acreedor frente al deudor moroso) no puede entenderse de otra forma esta cuestión. La ley de morosidad es acorde con la tendencia jurisprudencial moderna en la interpretación de este principio al que se ha hecho referencia anteriormente.

En quinto y último lugar, debe destacarse el régimen legal respecto a la disociación y compatibilidad de los intereses moratorios y de la indemnización de los daños y perjuicios causados. Mientras que bajo la disciplina tradicional de la mora en el C.Cv. la

responsabilidad del deudor es subjetiva o por culpa y su objetivo o finalidad principal es la reparación del daño mediante el pago de intereses, en el moderno derecho de obligaciones y contratos se ha producido una separación entre la indemnización de daños y perjuicios y la obligación de pago de intereses. Prueba de ello es el artículo 8 LMOC en el que se reconoce el derecho a reclamar los costes de cobro y de cuyo análisis nos ocuparemos también en el epígrafe 1.6 del capítulo V.

Tras este breve encuadre de la mora en general, en tanto que un supuesto de incumplimiento contractual, vamos a centrar ahora nuestra atención en el estudio de la ley de morosidad.

3. Ámbito de aplicación de la LMOC y exclusiones

El artículo 3³⁴ de la LMOC delimita su ámbito de aplicación objetivo y subjetivo: los pagos efectuados como contraprestación en las operaciones comerciales realizadas entre empresas o entre empresas y la Administración, así como entre los contratistas principales y sus proveedores y subcontratistas. Posteriormente, en su párrafo 2, este precepto determina los supuestos a los que no se aplica (exclusiones): las operaciones en las que intervengan consumidores, los intereses relacionados con los previstos en la legislación en materia de cheque, pagaré y letra de cambio y el pago de indemnizaciones por daños (incluidos los pagos por entidades aseguradoras) y las deudas sometidas a procedimientos concursales incoados contra el deudor. Sigue así la misma técnica que la Directiva 2000/35/CE, de inclusión (delimitación de los supuestos a los que se aplica la norma) y exclusión legal (indicación de los supuestos a los que la norma no se aplica)

³⁴ Si bien para llevar a cabo su correcta interpretación debemos tomar al mismo tiempo en consideración los artículos 2 (definiciones) y 1 (objeto)

3.1 Ámbito de aplicación objetivo

3.1.1 El alcance de la expresión “operación comercial”

El ámbito de aplicación objetivo, como resulta del artículo 1 de la LMOC en relación con el artículo 3, se circunscribe a las deudas dinerarias surgidas como contraprestación en operaciones comerciales que, según define en consonancia con el artículo 2.1 de la Directiva 2000/35/CE, son las que dan lugar a la entrega de bienes o a la prestación de servicios a cambio de una contraprestación. Nos encontramos, como es cada vez más frecuente, ante la utilización de un concepto del ámbito económico-empresarial como es el de operación comercial³⁵, para designar a una institución jurídica como es el contrato sinalagmático³⁶ o negocio jurídico bilateral. Y ello debemos entenderlo así porque además de ser el contrato la principal fuente de las obligaciones, cuando la Exposición de Motivos de la Ley 3/2004 explica su objeto, se refiere expresamente a la morosidad en el pago de deudas contractuales³⁷.

Nos planteamos si el hecho de que la Ley, al referirse a su ámbito de aplicación objetivo, utilice la expresión operaciones comerciales implica que esos contratos a los que se aplica deben ser mercantiles

³⁵ En opinión de VICIANO PASTOR, estamos ante la evolución del tradicional concepto de acto de comercio, lo que no quiere decir que la expresión operaciones comerciales sea sinónimo de acto de comercio. Para este autor la expresión engloba tanto los actos mercantiles o de comercio como los civiles de carácter profesional por lo que es una terminología superadora de la clásica división entre civil/mercantil. (VICIANO PASTOR, J., “La morosidad en las obligaciones pecuniarias en las operaciones comerciales entre empresas. La Ley 3/2004, por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales” (capítulo 5) en AA.VV., *Tratado sobre la morosidad*, (coords. Palau Ramírez y Viciano Pastor) Aranzadi, Navarra, 2012, p. 264)

³⁶ Sobre las obligaciones sinalagmáticas, por todos DIEZ-PICAZO, L., *Fundamentos del Derecho Civil patrimonial. Las relaciones obligatorias*, vol,II, Madrid, Civitas, 1993, p. 374

³⁷ “A lo largo de esta última década, la Unión Europea ha venido prestando una atención creciente a los problemas de los plazos de pago excesivamente amplios y de la morosidad en el pago de deudas contractuales...” (EM, apdo. 2)

o puede tratarse también de contratos civiles y de contratos celebrados con consumidores.

Un sector doctrinal³⁸, con fundamento en la tesis unificadora del Derecho de obligaciones y contratos, defiende que puede tratarse de negocios jurídicos tanto mercantiles como civiles. Pero los tribunales no comparten esta tesis. A falta de pronunciamientos por parte del Tribunal Supremo, si analizamos las sentencias de las Audiencias Provinciales (jurisprudencia menor), observamos que la mayoría de ellas excluyen del ámbito de aplicación de la LMOC a los contratos de naturaleza civil. Así, y sin ánimo de exhaustividad, la SAP Barcelona de 5 de noviembre de 2007 (Jur/2008/31770), en la cual, por tratarse de una mediación extraordinaria para la contratación de un jugador de fútbol amparada en el C.Cv. (contrato de arrendamiento de servicios) no entiende aplicable la LMOC; tampoco la aplica la SAP de la misma audiencia de 7 de octubre de 2008 (Jur/2009/38264) en un caso de devolución de fianza³⁹, al considerar que no entra dentro del concepto de operaciones comerciales entre empresarios. Tampoco la aplica en una compraventa civil la SAP de Barcelona de 2 de marzo de 2006 (Jur/2006/227390). En la misma línea la SAP de Badajoz, de 1 de junio de 2007 (Jur/2007/294344) al considerar que “el pago de los honorarios del letrado es una operación de naturaleza civil entre particulares”, la SAP de las Islas Baleares, de 24 de julio de 2009 (Jur/2009/407773) en el caso de un desahucio en un contrato de arrendamiento urbano por ser éste un contrato de naturaleza civil y no una operación comercial. Y la SAP de Palencia, de 30 de julio de

³⁸ VICENT CHULIÁ, F., *Introducción...* cit. p. 1247 y RODRÍGUEZ RUIZ DE VILLA, D., “Análisis crítico de la lucha contra...” cit. p. 38. Para este último autor cuando el legislador habla de operaciones comerciales, hay que entender esta referencia a los contratos en general. En su opinión, la LMOC comprende tanto a los contratos mercantiles como a los civiles. En esta línea también VICIANO PASTOR, J., “La morosidad en las obligaciones pecuniarias...” p. 330 y ss.

³⁹ En este caso se reclamaba la devolución de una fianza prestada en un contrato de arrendamiento de una nave. La Sentencia declara que no es aplicable para la devolución de la fianza la Ley 3/2004, de 29 de diciembre, por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales, por estar fuera de su ámbito de aplicación, referido a las operaciones comerciales de entrega de bienes o prestación de servicios

2009 (Jur/2009/374430) en la que no se aplica la Ley por estar ante un “contrato civil de arrendamiento de servicios de transporte y no mercantil”⁴⁰. La SAP de Vizcaya, de 22 de febrero de 2011 (Jur/2011/304296), en su FJ 5º excluye también la aplicación de la ley de morosidad a un contrato (de prestación de servicios profesionales por abogados) por ser la relación de naturaleza civil y no mercantil. Por su parte, la AP de Madrid, en Auto núm. 48/2009, de 20 de febrero (Jur 2009/237774) aplica la LMOC al asunto tras considerar acto de comercio un contrato de arrendamiento de obra que se celebra entre dos sociedades mercantiles. En este caso se acude a un criterio subjetivo para aplicar la ley ya que se basa en el hecho de que se haya celebrado entre dos sociedades mercantiles.

Si tenemos en cuenta todos estos pronunciamientos y si consideramos además que, como veremos más adelante, se excluye expresamente la aplicación de la Ley a los contratos en los que intervengan consumidores y que las operaciones comerciales a las que la Ley alcanza son las que se llevan a cabo o entre empresarios o entre éstos y la Administración, no procede extender el ámbito de aplicación de la Ley a los contratos civiles, aunque se celebren entre empresarios.

3.1.2 Contratos incluidos en el ámbito objetivo

Consideramos, con apoyo en numerosos pronunciamientos de las distintas Audiencias Provinciales españolas y a falta de jurisprudencia del Tribunal Supremo respecto a estas materias, que quedarán

⁴⁰ En el FJ. 1º de esta sentencia se insiste en que tratándose de un transporte por carretera, la naturaleza mercantil del contrato vendría dada bien por el objeto transportado, (mercaderías u otros efectos del comercio) bien por la condición del porteador (ya por ser comerciante o por dedicarse de forma habitual a realizar transportes para el público) En este caso, ni el objeto transportado (el remolque de un camión hormigonera) ni la condición del porteador (quien se dedica a prestar servicios agrícolas a terceros, siendo puntuales actuaciones como las concertadas con la parte ahora recurrente) permiten afirmar que estemos ante un contrato de transporte de naturaleza mercantil (art. 349 CCom.) Mantiene la sentencia que aunque las partes contratantes calificaban a sus relaciones como “relaciones comerciales”, los contratos son lo que son y la calificación no depende de la denominación que le hayan dado los contratantes sino de su contenido real.

indudablemente incluidos dentro del ámbito de aplicación objetivo de la ley los contratos mercantiles⁴¹ de compraventa⁴² (paradigma de los contratos sinalagmáticos) tanto al contado como a plazos y los contratos afines, es decir, el contrato de suministro⁴³, el contrato

⁴¹ V. ALFARO ÁGUILA-REAL, J., "La nueva regulación del crédito comercial: Una lectura crítica de la Directiva y de la Ley contra la morosidad", *Revista Indret* (www.indret.com), Barcelona, julio de 2005, p. 14, MIRANDA SERRANO, L.M., *Aplazamientos de pago y morosidad entre empresas...*cit., p. 141 y ss, y PERALES VISCASILLAS, M.P., *La morosidad en las operaciones comerciales entre empresas...* cit., p. 52 y ss.

⁴² Por lo que respecta a la inclusión del contrato de compraventa en el ámbito objetivo de la LMOC pueden citarse, entre otras: la SAP de A Coruña, sección 3ª, núm. 348/2009 de 3 de septiembre de 2009 (Jur/2009/429620), la SAP de Asturias, sección 6ª, núm. 370/2009, de 16 de octubre de 2010 (Jur/2010/4677), la SAP de Badajoz, sección 3ª, núm. 205/2009, de 28 de mayo de 2009 (Jur/2009/280121), la SAP de Islas Baleares sección 3ª, núm. 18/2010, de 19 de enero de 2010 (Jur/2010/114/371), las SSAP de Barcelona, sección 14ª, núm. 637/2009, de 1 de octubre de 2009 (Jur/2009/491151), sección 12ª, núm.566/2007, de 12 de septiembre de 2007 (Jur/2007/330398), sección 16ª, núm.368/2009, de 7 de julio de 2009 (Jur/2009/418087) y sección 11ª, núm.611/2008, de 10 de noviembre de 2008 (Jur 2008/75843), la SAP de Cáceres, sección 1ª, núm.80/2010, de 24 de febrero de 2010 (Jur 2010/155430), la SAP de Cádiz, sección 2ª, núm.216/2009, de 10 de julio de 2009 (Jur/2009/485152), la SAP de Castellón, sección 3ª, núm.366/2009, de 18 de noviembre de 2009 (Jur/2010/119156), las SSAP de Córdoba sección 2ª, núm.171/2009, de 25 de junio de 2009 (Jur/2009/390646) y sección 1ª, núm.11/2008, de 14 de enero de 2008 (Jur 2008/218326), la SAP de Guipúzcoa, sección 3ª, núm.387/2006, de 29 de diciembre de 2007 (Jur/2007/102754), la SAP de La Rioja sección 4ª, núm.198/2009, de 15 de mayo de 2009 (Jur/2009/320271), la SAP de León sección 1ª, núm.30/2010, de 4 de febrero de 2010 (Jur/2010/135485), las SSAP de Lugo sección 1ª, núm.655/2009, de 22 de septiembre de 2009 (Jur/2009/436620) y sección 1ª, núm.760/2007, de 13 de noviembre de 2007 (Jur/2008/77193), las SSAP de Madrid sección 13ª, núm.295/2009, de 10 de julio de 2009 (Jur/2009/363564), sección 21ª, núm.295/2009, de 3 de junio de 2009 (Jur/2009/344233), sección 25ª, núm.85/2009, de 13 de febrero de 2009 (Jur/2009/171522) y sección 25ª, núm.578/2008, de 16 de diciembre de 2008 (Jur/2009/88508), las SSAP de Málaga, sección 4ª, núm.242/2009, de 7 de mayo de 2009 (Jur/2009/372112) y sección 5ª, núm.35/2007, de 29 de enero de 2007 (Jur/2007/177132), la SAP de Ourense, sección 1ª, núm.533/2009, de 23 de diciembre de 2009 (Jur/2010/75414), la SAP de Pontevedra sección 1ª, núm.486/2008, de 31 de julio de 2008 (Jur/2008/362032), las SSAP de Sevilla sección 5ª, núm.79/2007, de 13 de febrero de 2009 (Jur/2009/251396) y sección 5ª, núm.159/2008, de 2 de abril de 2008 (Jur/2008/2221), la SAP de Soria sección 1ª, núm.111/2006, de 27 de septiembre de 2006 (Jur/2007/266422), las SS AP de Valencia, sección 9ª, núm.248/2009, de 8 de octubre de 2009 (Jur/2010/4764) y sección 8ª, núm.496/2008, de 30 de julio de 2008 (Jur/2009/4667), la SAP de Valladolid sección 3ª, núm.264/2006, de 20 de julio de 2006 (Jur/2006/239820), la SAP de Zamora, sección 1ª, núm.79/2008, de 21 de mayo de 2008 (Jur/2008/33067) y las SSAP de Zaragoza sección 4ª, núm.287/2007, de 11 de mayo de 2007 (Jur/2008/158019) y sección 4ª, núm.121/2007, de 16 de febrero de 2007 (Jur/2007/254416).

⁴³ Respecto al contrato de suministro, pueden consultarse la SAP de A Coruña, sección 4ª, núm. 260/2009, de 28 de mayo de 2009 (Jur/2009/280245), la SAP de Ávila sección 1ª, núm.282/2005, de 30 de diciembre de 2005 (Jur/2006/168768), la SAP de Alicante sección 8ª, núm.485/2007, de 20 de diciembre de 2007 (Jur/2008/139410), las SSAP de Barcelona, sección 4ª, núm.405/2009, de 22 de julio de 2009 (Jur/2009/464437) y sección 13ª, núm.392/2009, de 30 de junio de 2009 (Jur/2009/418776), la SAP de Las Palmas sección 4ª, núm.428/2008, de 8 de octubre de 2008 (Jur/2009/52571), la SAP de Murcia sección 5ª, núm.251/2009, de 5 de noviembre de 2009 (Jur/2010/8883), la SAP de Pontevedra, sección 3ª, núm.463/2008, de 30 de octubre de 2008 (Jur/2009/121145) y la SAP de Valencia sección 6ª, núm.143/2009, de 6 de marzo de 2009 (Jur/2009/261569).

estimatorio, los contratos de obra⁴⁴ y los arrendamientos de cosas o de servicios⁴⁵.

No se podrá considerar incluido dentro del ámbito de aplicación objetivo de la LMOC el contrato de sociedad, ya que se trata de un contrato asociativo o de organización normalmente plurilateral con un carácter distinto a los contratos sinalagmáticos de cambio⁴⁶. Por lo que respecta al contrato de cuenta corriente mercantil⁴⁷, al tratarse de un negocio crediticio que supone una recíproca concesión de crédito entre las partes que lo celebran, durante la vigencia del contrato y hasta el cierre de la cuenta no se considera admisible

⁴⁴ Respecto al contrato de arrendamiento de obra: las SSAP de Albacete sección 2ª, núm.56/2008, de 9 de abril de 2008 (Jur/2008/206740) y sección 6ª, núm.146/2009, de 20 de abril de 2009 (Jur/2009/304445), la SAP de Asturias sección 1ª, núm.341/2007, de 24 de septiembre de 2007 (Jur/2008/49819), la SAP de Ávila sección 1ª, núm.198/2008, de 27 de octubre de 2008 (Jur/2009/134521), las SSAP de Badajoz, sección 3ª, núm.199/2009, de 26 de mayo de 2009 (Jur/2009/280847) y sección 2ª, núm.334/2007, de 26 de septiembre de 2007 (Jur/2008/49644), las SSAP de Barcelona sección 19ª, núm.149/2009, de 25 de marzo de 2009 (Jur/2009/378997), sección 19ª, núm.119/2009, de 18 de marzo de 2009 (Jur/2009/396035), sección 1ª, núm.477/2009, de 10 de noviembre de 2009 (Jur/2010/38096), sección 14ª, núm.621/2009, de 17 de septiembre de 2009 (Jur/2009/461942), sección 14ª, núm.628/2008, de 13 de noviembre de 2008 (Jur/2009/75129) y sección 3ª, núm.359/2007, de 29 de junio de 2007 (Jur/2008/17223), la SAP de Córdoba sección 3ª, núm.107/2009, de 28 de mayo de 2009 (Jur/2009/319657), la SAP de Guadalajara sección 1ª, núm.235/2007, de 31 de octubre de 2007 (Jur/2008/267831), las SSAP de Guipúzcoa sección 2ª, núm.2044/2007, de 7 de febrero de 2007 (Jur/2007/133057), sección 3ª, núm.47/2008, de 1 de febrero de 2008 (Jur/2008/174531) y sección 2ª, núm.2145/2007, de 30 de abril de 2007 (Jur/2007/296557), la SAP de Huesca sección 1ª, núm.158/2007, de 28 de junio de 2007 (Jur/2007/309826), la SAP de Las Palmas sección 5ª, núm.185/2007, de 23 de mayo de 2007 (Jur 2007/287577), las SSAP de Madrid sección 25ª, núm.531/2009, de 20 de noviembre de 2009 (Jur/2010/36555), sección 19ª, núm.561/2009, de 16 de noviembre de 2009 (Jur/2010/70909) y sección 19ª, núm.531/2009, de 6 de noviembre de 2009 (Jur/2010/71260), la SAP de Málaga sección 5ª, núm.20/2007, de 18 de enero de 2007 (Jur/2007/178021), las SSAP de Murcia sección 4ª, núm.543/2008, de 26 de diciembre de 2008 (Jur/2009/114167) y sección 5ª, núm.73/2010, de 5 de marzo de 2010 (Jur/2010/154700), la SAP de Tarragona sección 1ª, núm.236/2009, de 9 de julio de 2009 (Jur/2009/425610), la SAP de Valencia sección 6ª, núm.634/2006, de 24 de octubre de 2006 (Jur/2009/136863), la SAP de Valladolid sección 3ª, núm.266/2009, de 13 de octubre de 2009 (Jur 2009/468781), las SS AP de Zaragoza sección 5ª, núm.383/2009, de 1 de julio de 2009 (Jur/2009/318473) y sección 2ª, núm.259/2008, de 13 de mayo de 2008 (Jur/2008/331141).

⁴⁵ En materia de arrendamiento de servicios v. la SAP de Asturias sección 4ª, núm.357/2007, de 4 de octubre de 2007 (Jur/2008/48665), la SAP de Barcelona sección 17ª, núm.279/2007, de 14 de mayo de 2007 (Jur/2007/296039) y la SAP de Lugo sección 1ª, núm.522/2009, de 2 de julio de 2009 (Jur/2009/318377).

⁴⁶ En la doctrina española, por todos, GIRON TENA, J., *Derecho de sociedades*, Madrid, 1976, p. 138 quien fundamenta la especialidad del contrato de sociedad frente al contrato de cambio en la manera en que se produce en estos contratos la concatenación de las obligaciones de los contratantes y su efecto organizador.

⁴⁷ Sobre este contrato, por todos, MOLL DE MIGUEL, S, *El contrato de cuenta corriente: una concepción unitaria de sus diferentes tipos*, Bilbao, 1977

hablar de acreedores y deudores de operaciones aisladas siendo imposible aplicarles la Ley 3/2004 pendiente el contrato, sin embargo una vez cerrada la cuenta, a la obligación de pago resultante ya será posible aplicarle esta norma⁴⁸. Así lo ha entendido la SAP de Girona, núm.340/2009, de 16 de diciembre de 2009 (Jur/2010/116864) en cuyo FJ 2º se reconoce la aplicación de la LMOC a los intereses correspondientes al saldo deudor resultante de un crédito en cuenta corriente.

Podría plantear dudas la inclusión en el ámbito objetivo de la LMOC de los contratos de financiación y los contratos de colaboración empresarial. Con respecto a los primeros, el Proyecto de Ley en materia de lucha contra la morosidad excluía [en el artículo 3.2 b)] toda operación financiera de su ámbito de aplicación. Tras aceptarse una enmienda presentada en el Senado por CIU⁴⁹ se suprimió esta exclusión en la Ley, por lo que para saber si a los contratos de financiación se les aplica la LMOC habrá que determinarse, en cada caso, si la operación financiera es o no fuente de una obligación sinalagmática de pago del precio nacida como contraprestación de una obligación de entrega de un bien o de prestación de un servicio. Consideramos que, tanto al contrato de préstamo⁵⁰, tan frecuente

⁴⁸ PERALES VISCASILLAS, M.P., *La morosidad en las operaciones comerciales entre empresas...* cit., p. 69 y 70, MIRANDA SERRANO, L.M., *Aplazamientos de pago y morosidad entre empresas...*cit., p. 151 y 152.

⁴⁹ BOCG, Senado, [Serie II Proyectos de Ley, núm. 2 (c), 23 de noviembre de 2004]

⁵⁰ De esta opinión son MIRANDA SERRANO, L.M., *Aplazamientos de pago y morosidad entre empresas...*cit., pp. 156 y ss., MIRANDA SERRANO, L., M. y PAGADOR LÓPEZ, J., "Contratos de financiación y morosidad", *RDBB*, num. 119, 2010, pp. 167 y ss., PERALES VISCASILLAS, M.P., *La morosidad en las operaciones comerciales entre empresas...* cit., p. 42 y ss., VICIANO PASTOR, J., "La morosidad en las obligaciones pecuniarias...", cit. p. 350 VICENT CHULIÁ, F., *Introducción...* cit. p. 1452 considera el contrato de préstamo como un contrato unilateral, del que sólo surgen obligaciones para el prestatario, y no se pronuncia sobre la aplicación de la LMOC. Mantiene la opinión contraria a la aplicación de la LMOC al contrato de préstamo GÓMEZ LIGÜERRE, C., "El nuevo régimen legal de la morosidad en las operaciones comerciales", *InDret*, nº 4/2011, p. 8 para quien el régimen legal de la morosidad no es de aplicación a las operaciones financieras que no merezcan el calificativo de sinalagmáticas, así el préstamo con interés cuyos plazos de devolución e intereses de demora se regirán por el contrato celebrado entre las partes. En su opinión, la LMOC regula los límites del crédito comercial por lo que no cabe, en principio, extender su aplicación a las operaciones financieras celebradas por entidades de crédito. Considera que hubiera sido necesaria, una mayor concreción por parte del legislador, pues la contraprestación por la puesta a

entre empresarios, como al de *leasing* o arrendamiento financiero⁵¹, se les aplicará la ley 3/2004⁵².

En cuanto a los contratos de colaboración empresarial, entre los cuales incluiremos el *factoring*, la agencia, la franquicia y la concesión mercantil y otros contratos de distribución comercial, hay que entender que reúnen las condiciones para considerarlos incluidos también dentro del ámbito de aplicación de la Ley 3/2004 al tratarse de negocios jurídicos bilaterales celebrados entre empresarios que incluyen obligaciones de pago o de los que surge la obligación de pago para el deudor. Ya se han dictado varias sentencias por distintas Audiencias Provinciales que aplican la Ley a estos contratos, así la SAP de León, de 19 de mayo de 2009 (AC/2009/1096) ha aplicado la ley en un caso de indemnización por clientela en un contrato de agencia. Reconocen la aplicación de la ley al contrato de franquicia la SAP de Barcelona, núm.4/2006, de 2 de enero de 2006 (Jur/2006/85171) y la SAP de León, núm.491/2009, de 16 de octubre de 2009 (Jur./2009/477446), esta última plantea también cuestiones interesantes sobre la aplicación retroactiva de la ley. A un contrato de distribución en exclusiva aplica la Ley la SAP de Castellón, núm.245/2007, de 23 de mayo de 2007 (Jur/2007/322057). La SAP de Zaragoza, núm.569/2009, de 14 de octubre de 2009 (Jur/2009/468646) aplica la Ley a un contrato que se califica de

disposición de bienes está presente en algunas operaciones financieras complejas, como el leasing. Para este autor la LMOC no es de aplicación a los supuestos en que la financiación sea prestada por entidades de crédito, aunque involucren entregas de bienes o prestaciones de servicios. En tales casos, dice, la financiación de actividades ajenas forma parte del giro que es propio de la entidad acreedora y por lo tanto la LMOC se aplica sólo a los acreedores de prestaciones por entregas o servicios cuyos deudores les obligan a financiar el aplazamiento de los cobros debidos.

⁵¹ Conforme al criterio que sostiene la mayoría de la doctrina, así MIRANDA SERRANO, L.M., *Aplazamientos de pago y morosidad entre empresas...*cit., p. 160 y 161. y PERALES VISCASILLAS, M.P., *La morosidad en las operaciones comerciales entre empresas...* cit., p. 55, AGUILLAUME GANDASEGUI, G., "El ámbito de aplicación subjetivo y objetivo..." cit., p. 10.

⁵² La SAP de Santa Cruz de Tenerife, núm. 306/2011, de 15 de junio de 2011 (Jur/2011/405531) declaró aplicable a un contrato de préstamo mercantil el artículo 7 de la ley). La S AP de Madrid de 3 de marzo de 2010 (AC/2010/938) aplicó la LMOC a un contrato de *confirming*

“colaboración comercial”⁵³. Y la SAP de Segovia, núm.141/2009, de 15 de julio de 2009 (Jur./2009/399852) declara “plenamente” aplicable la LMOC a un supuesto de mediación o corretaje⁵⁴.

Además de a los contratos que hemos citado, los tribunales han aplicado también a otros contratos la LMOC, por ejemplo en el caso de las obligaciones pecuniarias derivadas del contrato de publicidad: la SAP de Barcelona, núm.91/2009, de 19 de febrero de 2009 (Jur/2009/379703)⁵⁵, la SAP de Huelva, núm.79/2009, de 8 de mayo de 2009 (Jur/2009/383589), la SAP de Jaén, núm.203/2007, de 24 de septiembre de 2007 (Jur/2008/60169) y las SS AP de Madrid, núm.558/2009, de 28 de octubre de 2009 (Jur/2010/19648) y núm. 523/2010, de 24 de junio de 2010 (Jur/2010/320660)

También las Audiencias han considerado aplicable la ley de morosidad al contrato de transporte terrestre: la SAP de Barcelona, núm.240/2009, de 8 de julio de 2009 (Jur/2009/464772), la SAP de Madrid, núm.28/2010, de 12 de febrero de 2010 (Jur/2010/134092)⁵⁶ y la SAP de Valencia, núm.117/2008, de 26 de marzo de 2008 (Jur./2008/190135). Si la aplicación a este contrato de la ley 3/2004 ofrecía alguna duda, ésta ha quedado disipada desde el momento en

⁵³ La apelante era OTIXE COMUNICACIONES, S.L, sociedad que había sido condenada a abonar al Centro del Cálculo Bosco S.L. unas cantidades adeudadas más los intereses de demora aplicando la LMOC, cantidades debidas como consecuencia de una relación contractual existente entre las partes de una colaboración comercial a cambio de una comisión por cliente

⁵⁴ En este asunto Gestiones e Inversiones Inmobiliarias Segovianas, S.L. había reclamado a la constructora Edificaciones Quirós Servicios Inmobiliarios, S.L. 54.810 en concepto de honorarios por la labor de mediación realizada en la compraventa de cuatro parcelas de terreno. En su FJ 3º declara la Sentencia que por lo que se refiere al pago de intereses de la deuda reclamada, habrá que estar a lo establecido en los arts. 3, 4.2 a), 5 y 7.2 de Ley 3/2004, de 29 de diciembre, por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales, que es de plena aplicación al caso de autos

⁵⁵ Tras la demanda interpuesta por PUBLIMEDIA SISTEMAS PUBLICITARIOS, S.L contra EXPOSEX PUNTO Y APARTE, S.L, ésta había sido condenada a abonar la suma de 51.312,60 euros, más los intereses previstos en el art. 7 de la Ley por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales desde la reclamación extrajudicial y las costas.

⁵⁶ La representación de TDN SA presentó, el 22 de mayo de 2009, demanda de anulación contra el laudo dictado por la Junta Arbitral del Transporte de la Comunidad de Madrid en el expediente en el conflicto que mediaba entre dicha parte y TOKIO MARINE EUROPE INSURANCE LIMITED. En el laudo se había condenado a la reclamante al pago de determinada cantidad por avería de las mercancías y en cuanto a los intereses de demora se había aplicado la LMOC

que el artículo 41⁵⁷ de la Ley 15/2009, de 11 de noviembre, del contrato de transporte terrestre de mercancías declara expresamente su aplicación a la demora en el pago del precio⁵⁸ por parte del deudor.

3.1.3 Significado y alcance de los términos “bienes y servicios”

Por último, para concluir este epígrafe relativo al ámbito de aplicación objetivo de la LMOC, creemos de interés precisar el alcance del término “bienes” y de la expresión “prestación de servicios” a las que se refiere esta Ley en su artículo 1. La noción de bienes debemos entenderla en un sentido amplio, que comprenda no sólo las mercaderías⁵⁹ sino también cualquier bien en el sentido de “cosa”⁶⁰,

⁵⁷ Artículo 41. Demora en el pago del precio.

1. En todo caso, sin perjuicio de lo dispuesto en los dos artículos anteriores, el obligado al pago del transporte incurrirá en mora en el plazo de treinta días, en los términos previstos en la Ley 3/2004, de 29 de diciembre, por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales. 2. Cuando la fecha de recibo de la factura o la solicitud de pago equivalente se preste a duda, así como en todos los casos de autofacturación por parte del obligado al pago, los treinta días anteriormente señalados se computarán desde la fecha de entrega de las mercancías en destino. 3. El pacto en contrario se considerará nulo en todos aquellos casos en que tenga un contenido abusivo en perjuicio del porteador, conforme a las reglas que, a tal efecto, señala el artículo 9 de la Ley 3/2004. Asimismo, carecerá de efecto el pacto en contrario cuando se contenga en unas condiciones generales respecto de las que la parte que no las ha propuesto sólo puede mostrar su aceptación o rechazo global.

⁵⁸ En opinión de MIRANDA SERRANO, la función de este artículo 41 es principalmente pedagógica, ya que era innecesario declarar aplicable la LMOC al contrato de transporte porque éste entra “indubitadamente” en su ámbito de aplicación. Considera este autor que el artículo 41 de la Ley del contrato de transporte no aporta nada nuevo por lo que cabe pensar que su inclusión responde al hecho de que la LMOC era poco conocida y aplicada en el ámbito negocial (MIRANDA SERRANO, L.M., “La Ley 15/2010, de modificación de la normativa de lucha contra la morosidad y su incidencia sobre el régimen de pago a proveedores de la Ley de ordenación del comercio minorista”, *RDCE*, nº 8, año 2011, p. 22)

⁵⁹ Siguiendo a GARRIGUES, J. *Curso de Derecho mercantil*, I, séptima edición, 1976, p. 183, el concepto de mercadería es más estricto que el de cosa mercantil y no puede decirse que la mercadería sea al Derecho mercantil lo que la cosa al Derecho civil. Para Garrigues, las notas que caracterizan a la mercadería son: corporalidad (lo cual excluye los derechos y los bienes inmateriales), la movilidad (excluye inmuebles), la aptitud para el tráfico, el valor patrimonial propio (lo que excluye a los títulos valores) y la pertenencia actual a la circulación mercantil

⁶⁰ Como indica ROCA TRÍAS, E., voz “Cosas”, *EJB*, t.II, Civitas, Madrid, 1995, p. 1754, en el Código Civil muchas veces se utilizan como sinónimos ambos conceptos (bienes y cosas). Respecto a los bienes inmateriales (derechos de propiedad intelectual e industrial) y los derechos de crédito, si utilizamos un concepto amplio de bienes, debemos entenderlos incluidos, con PERALES VISCASILLAS, M.P., *La morosidad en las operaciones comerciales entre empresas...* cit., p. 58 y VICIANO PASTOR, J., “La morosidad en las obligaciones pecuniarias...”, cit. p.278

que incluiría, por lo tanto, el dinero⁶¹. Y ello porque es más acorde con la Directiva 2000/35 que, en su artículo 2, utiliza, en su versión inglesa, el término *goods* y además porque esta interpretación se ajusta mejor al proceso de tramitación de la normativa española en el que, como hemos tenido ocasión de constatar en páginas anteriores, se puso de manifiesto la intención de incluir los contratos financieros dentro de su ámbito de aplicación en los cuales el pago del precio se hace como contraprestación de la entrega de una cantidad de dinero. No obstante, hubiera sido deseable⁶² que la ley fuese más precisa a la hora de referirse al concepto de bienes ya que se puede plantear la duda de si se incluirán también los bienes inmuebles cuando sean objeto de una operación entre empresas. Dado que la ley parece emplear en los artículos 1 y 4 los términos bienes y mercancías como sinónimos y dado que estas últimas son bienes muebles, podemos concluir que la intención del legislador era el no incluir dentro de su ámbito de aplicación a los bienes inmuebles⁶³. No obstante, hubiera sido mejor decirlo expresamente para facilitar la interpretación del precepto.

En cuanto a la expresión "prestación de servicios", no parece adecuado limitarla al contrato de arrendamiento de servicios regulado en el Código Civil sino que al referirse a ello la Ley en relación con las operaciones comerciales, comprenderá también a las obligaciones de no hacer⁶⁴. En lo que respecta al concepto de "servicios", y conforme

⁶¹ Considerado una cosa corporal mueble, GARRIGUES, J., *Contratos bancarios*, Madrid, 1958, p. 69

⁶² Como advierte GÓMEZ LIGÜERRE, C., "El nuevo régimen legal... cit. p. 11. En opinión de este autor la ley no se aplica a los contratos de entrega de bienes inmuebles. Y cita la S de la AP de Barcelona de 12 de julio de 2007 (JUR/2007/332119) en la que se desestimó la aplicación de la LMOC en un proceso de reclamación de rentas de alquiler

⁶³ Sin embargo, entendemos, junto con VICIANO PASTOR, que no hay razones para dejar fuera del ámbito de aplicación de la ley los contratos onerosos que den lugar a la entrega de bienes inmuebles ya que la referencia que hacen tanto la Ley como la Directiva deben considerarse más un error técnico que la opción por una exclusión de los bienes inmuebles (VICIANO PASTOR, J., "La morosidad en las obligaciones pecuniarias...", cit. p.277)

⁶⁴ Por todos DÍEZ-PICAZO, L., *Fundamentos...* cit., p. 249, considera la obligación negativa como una prestación. Según SOLÉ RESINA, J., *Los contratos de servicios y de ejecución de obras: Delimitación jurisprudencial y conceptual de su objeto*, Madrid, Marcial Pons, 1997, p. 96, el Código Civil utiliza el término servicios de forma amplia para referirse tanto a las obligaciones de hacer como de no hacer.

a lo dispuesto en el artículo 3 de la Ley 17/2009 de 23 de noviembre⁶⁵ sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio, que incorpora la Directiva 2006/123/CE del Parlamento y del Consejo de 12 de diciembre⁶⁶ relativa a los servicios en el mercado interior, se entiende por servicio “cualquier actividad económica por cuenta propia, prestada normalmente a cambio de una remuneración, reconocida en el artículo 50 del Tratado de la Comunidad Europea (ahora artículo 57 TFUE)”. Conforme a este precepto los servicios comprenderán en particular actividades de carácter industrial (tienen este carácter las actividades dirigidas a la obtención, reparación, mantenimiento, transformación o reutilización de productos industriales, el envasado y embalaje, así como el aprovechamiento, recuperación y eliminación de residuos o subproductos, cualquiera que sea la naturaleza de los recursos y procesos técnicos utilizados⁶⁷), de carácter mercantil, artesanales y actividades propias de las profesiones liberales (a ellas vamos a hacer referencia a continuación al ocuparnos del ámbito de aplicación subjetivo de la ley de morosidad). La expresión “prestación de servicios” debe entenderse, por lo tanto, en un sentido amplio⁶⁸, comprensivo de las actividades indicadas.

Después de todo lo expuesto en estas páginas podemos concluir, que el ámbito de aplicación objetivo de la ley 3/2004 alcanza a las obligaciones de pago del precio que nacen de negocios jurídicos bilaterales de carácter mercantil celebrados entre empresarios o entre

⁶⁵ Sobre la ley española de liberalización de servicios v. DE LA QUADRA SALCEDO Y FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, T. (dir.) *La ordenación de las actividades de servicios: comentarios a la Ley 17/2009 de 23 de noviembre*, Cizur Menor (Navarra), Aranzadi, 2010

⁶⁶ Sobre la Directiva GIMENO FELIÚ, J.M., “Directiva de servicios y contratación pública: hacia la simplificación”, en *El impacto de la Directiva Bolkestein y la reforma de los servicios en el derecho administrativo*, Elisa Moreu Carbonell (Ed.), Monografías de la Revista Aragonesa de Administración Pública, 12, 2010; RIVERO ORTEGA, R. (dir.), *Mercado europeo y reformas administrativas: la transposición de la directiva de servicios en España*, Cizur Menor (Navarra), Civitas, 2009 y DE LA QUADRA SALCEDO Y FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, T. (dir.), *El mercado interior de servicios en la Unión Europea : estudios sobre la Directiva 123/2006/CE relativa a los servicios en el mercado interior*, Madrid, Marcial Pons, 2009

⁶⁷ Conforme al artículo 3 de la Ley 21/1992, de 16 de julio, de industria

⁶⁸ Que incluirá, además del arrendamiento de servicios, también el arrendamiento de obra ya que quedan incluidas las obligaciones de hacer y de no hacer.

empresarios y Administraciones Públicas, que den lugar a la entrega de bienes o la prestación de servicios en los términos a que se acaba de hacer referencia en este epígrafe.

3.2 Ámbito de aplicación subjetivo

El artículo 3.1 LMOC declara al respecto que la Ley es de aplicación a los pagos entre empresas, o entre éstas y la Administración. No hubiera sido necesario que el artículo 3.1 dijera que la Ley es aplicable también entre los contratistas principales y sus proveedores y subcontratistas ya que todos estos sujetos están comprendidos en el concepto de empresa del artículo 2 a), como veremos infra

3.2.1 Delimitación del término “empresa”

La LMOC en el artículo 2 define—de manera bastante desacertada⁶⁹ ya que identifica los conceptos de empresa y de empresario—lo que debe entenderse por empresa: “cualquier persona física o jurídica que actúe en el ejercicio de su actividad independiente, económica o profesional”. Por lo tanto en esta definición debemos considerar incluido no sólo al empresario en sentido estricto o tradicional⁷⁰ sino

⁶⁹ Como pone de relieve SANCHEZ CALERO, F., *Instituciones de Derecho mercantil*, 33ª edición, vol. I, Aranzadi, Navarra, 2010, p. 103. También critica esta redacción la SAP de Palencia de 23 de septiembre de 2008 (Jur/2009/107878) que se refiere a la “notable imperfección de la ley en lo relativo a su ámbito de aplicación, acaso derivada de la praxis legislativa de transcribir literalmente las disposiciones de una Directiva al Derecho nacional pues el concepto de empresa choca con el habitualmente utilizado en nuestro ordenamiento (el de comerciante) e implica un concepto jurídico suficientemente indeterminado, cuando lo propio hubiera sido utilizar el de sociedad mercantil, profesional o comerciante”

⁷⁰ Sobre el concepto de empresario ALONSO UREBA, A. Voz “Empresario”, *EJB*, vol. II, pp. 2759-2766 y *Elementos de Derecho mercantil*, I, Introducción, 1989; GIRÓN TENA, J., “El concepto de Derecho mercantil”, *ADC*, 1954, pp. 695 y 791, *Apuntes de Derecho mercantil*, I (Introducción), II (Empresa), 1977-78 y *Tendencias generales en el Derecho mercantil actual (Ensayo interdisciplinario)*, 1985; GONDRA ROMERO, J.M., *Derecho mercantil I*, Introducción, 1992; DUQUE DOMÍNGUEZ, J. “Constitución económica y Derecho mercantil”, *La Reforma de la legislación mercantil*, 1978, p. 11; MENÉNDEZ MENÉNDEZ, A., *Constitución, Sistema económico y Derecho mercantil*, 1982; BROSETA PONT, M., *La empresa, la Codificación del Derecho de obligaciones y el Derecho mercantil*, 1965; FERNÁNDEZ NOVOA, C. “Reflexiones preliminares sobre la empresa y sus problemas jurídicos”, *RDM*, 1965, p. 7; JIMENEZ SÁNCHEZ, G., “Aproximación al tema del concepto de Derecho mercantil”, *Estudios de*

también a quienes no encajarían dentro del concepto estricto de empresarios como los agricultores⁷¹, ganaderos y artesanos no organizados en forma de sociedades u otras formas asociativas típicas de la actividad mercantil. A todos ellos, en la actualidad, si no se limitan a desempeñar una actividad de explotación directa de sus tierras o ganadería o de elaboración artesanal de sus productos sino que llevan a cabo una actividad de transformación, se les considera también incluidos dentro del concepto amplio de empresario⁷², estándolo siempre si constituyen una sociedad mercantil para explotar una actividad agrícola, ganadera o artesanal. También ha de incluirse en el ámbito subjetivo de la LMOC al profesional liberal⁷³.

Los profesionales liberales (médicos, arquitectos, ingenieros, abogados) tradicionalmente excluidos del concepto de empresario al no requerir el desempeño de sus funciones el grado de organización de la de éstos, han ido acercando la forma de ejercicio de su actividad a la empresarial y, en muchas ocasiones, actúan coordinando y organizando sus factores de producción⁷⁴. Cada vez es

Derecho mercantil en homenaje a R. Uría, 1978, p. 337; PUENTE MUÑOZ, M.T. "Notas para un estudio sobre el concepto de Derecho mercantil", *Estudios jurídicos en homenaje a J. Garrigues*, III, , 1971, p. 75, URÍA, R y MENÉNDEZ, A., (coord. APARICIO GONZÁLEZ) *Curso de Derecho mercantil*, t. I, 2ª edición, Civitas, 2006, p. 76

⁷¹ A cuyas asociaciones la LMOC reconoce en el artículo 9.4, legitimación activa para el ejercicio de acciones colectivas. V. al respecto capítulo V, epígrafe 1.2.5

⁷² Conviene recordar que tradicionalmente se ha excluido del concepto de empresario a aquellas personas que realizan una actividad económica para el mercado en nombre propio, sin disponer de una verdadera empresa, sino con el trabajo propio y de los miembros de su familia (artesanos y agricultores que explotan directamente sus tierras), por todos GARRIGUES, J., *Curso...* cit. p. 298 y 299. Sin embargo, consideramos, con ROJO, A., "El empresario (I). Concepto, clases y responsabilidad", en URÍA, R y MENÉNDEZ, A., (coord. APARICIO GONZÁLEZ) *Curso de Derecho mercantil*, t. I, 2ª edición, Civitas, 2006, p. 76 y con BROSETA PONT, M., y MARTÍNEZ SANZ, F. *Manual de Derecho mercantil*, 17ª edición, vol. 1, Tecnos, Madrid 2010, p. 90, que sólo deberá permanecer fuera del Derecho mercantil la actividad directamente ligada al fondo pero no la actividad empresarial de transformación de productos agrícolas y ganaderos, que debe considerarse mercantil.

⁷³ Que muchas veces ejerce su actividad bajo la forma societaria, v. la Ley 2/2007, de 15 de marzo de sociedades profesionales. Aunque en principio pudiera cuestionarse si la LMOC afectaba también a los profesionales liberales, si tenemos en cuenta la definición de empresa que contiene su artículo 2 y el hecho de que los Colegios profesionales gocen de legitimación activa para ejercitar acciones frente a las cláusulas abusivas, la inclusión de los mismos en el ámbito de aplicación subjetivo de la LMOC no nos ofrece duda. En el mismo sentido, LEMA DEVESA, C. y TATO PLAZA, A., "La ley de medidas de lucha...", cit, pp. 6 y ss

⁷⁴ Es un clásico el artículo de MENÉNDEZ MENÉNDEZ, A., "La actividad farmacéutica y la condición de empresario mercantil (ensayo en torno al Derecho español)", *Homenaje a Jorge Barrera Graf*, UNAM, t. II, Mexico, 1989, pp. 1129 a 1158. En este artículo el profesor Menéndez distingue entre la condición de profesional liberal del titulado en farmacia y la de

más frecuente la asociación de los profesionales liberales mediante sociedades tanto civiles como mercantiles, conforme a la Ley 2/2007, de 15 de marzo de sociedades profesionales⁷⁵. Por ello, consideramos que la LMOC, junto con la LDC y la LCD, constituye un ejemplo más de la extensión de la normativa mercantil a toda clase de profesionales que operan en el mercado⁷⁶ al alcanzar su ámbito de aplicación subjetiva tanto a los empresarios como a aquellos que, no siéndolo, ejercitan como ellos una actividad independiente, económica y profesional⁷⁷. Ha aplicado la LMOC a los profesionales liberales, la SAP Barcelona de 10 de septiembre de 2008 (Jur/2009/242675), que reconoce la aplicabilidad de la ley a los intereses de demora y costes de cobro en el pago de las minutas debidas por un bufete de abogados a un profesional. No así la ya citada SAP de Badajoz, de 1 de junio de 2007 (Jur/2007/294344) que declaró inaplicable la LMOC al considerar que “el pago de los honorarios del letrado es una operación de naturaleza civil entre particulares”.

empresario del dueño de una farmacia en cuanto establecimiento abierto al público, pudiendo por lo tanto el farmacéutico ser tanto un profesional liberal como unir a ésta la condición de empresario.

⁷⁵ Sobre las sociedades profesionales, por todos, CAMPINS VARGAS, A. *La sociedad profesional*, Civitas, 2000

⁷⁶ Con ROJO, A., “El empresario... cit. p. 73. Según OLIVENCIA también la LGDCU y la LCGC, en línea con la terminología comunitaria, superan la denominación de empresa o empresario con la más amplia de profesional al referirse a la persona o al calificar su actividad (OLIVENCIA RUIZ, M., “De nuevo, la lección 1ª. Sobre el concepto de la asignatura”, Discurso leído en la solemne apertura del curso académico 1999-2000 en la Universidad de Sevilla. *Secretariado de Publicaciones*, Sevilla 1999, p. 36) V. PERALES VISCASILLAS, M.P., *La morosidad en las operaciones comerciales entre empresas...* cit., p. 84 y “La Ley 3/2004 y la Directiva 2000/35 ...”, cit., p. 8 para quien la Ley 3/2004 se inserta en ese entramado de disposiciones que lleva a la progresiva comercialización o mercantilización de los profesionales y a la extensión del ámbito del derecho mercantil.

⁷⁷ Pese a ello, el profesor ROJO señala que en el Derecho español todavía permanecen nítidas las diferencias entre los sujetos mercantiles y quienes ejercen profesiones liberales. El profesional liberal que se limita a desarrollar la actividad que le es propia no es empresario por muchos que sean los medios materiales que utilice y las personas que le auxilien, así como cuando constituya con otros una sociedad civil, la condición mercantil sólo se adquiere cuando opta por alguno de los tipos sociales que la ley declara empresarios por la forma. Aunque nada impide que un profesional liberal sea simultáneamente empresario (por ejemplo, como ya se ha indicado, el farmacéutico que abre una farmacia). (ROJO, A., “El empresario... cit., p. 73)

Al margen de lo expuesto, queremos señalar, respecto a la definición de empresa, que, mientras que la Ley en su artículo 2 a) incluye tanto a la persona física como a la jurídica, la Directiva, en su artículo 2.1 utiliza el término "organización"⁷⁸. Consideramos acertado que la LMOC haya dejado clara su aplicación a las personas físicas, ya que al identificar la norma comunitaria los conceptos de empresa y de organización se podrían haber planteado dudas sobre la posible exclusión de aquéllas de su ámbito subjetivo⁷⁹. Por otra parte, las diferencias entre la redacción de la Directiva (que se refiere a organización) y la LMOC (que se refiere a personas físicas o jurídicas), podrían dar lugar a pensar que la Ley exige personalidad jurídica al empresario, mientras que la norma comunitaria no lo hace.

Puesto que debemos interpretar la LMOC conforme a la Directiva 2000/35 hemos de incluir dentro del concepto de empresa de la Ley de morosidad a ciertos entes carentes de personalidad jurídica⁸⁰ (como las comunidades de bienes) o a aquellos otros cuya personalidad jurídica ha sido discutida como sucede en el caso de las sociedades irregulares⁸¹. Y todo ello porque, si bien la empresa es

⁷⁸ La Directiva 2011/7/UE introduce un matiz en la definición de empresa con respecto a la originaria redacción del artículo 2, después de indicar que será empresa cualquier organización "distinta de los poderes públicos". Mientras la versión inglesa de la Directiva utiliza la palabra *undertaking*, la francesa se refiere a *entreprise*, la italiana *impresa* y la española *empresa*

⁷⁹ RODRÍGUEZ RUIZ DE VILLA, D., "Análisis crítico de la lucha contra..." cit. p. 41.

⁸⁰ Opinión expresada también en el Dictamen del Consejo de Estado al Anteproyecto de Ley de medidas de lucha contra la morosidad en sus observaciones al articulado y compartida por la mayor parte de la doctrina, así, entre otros, MIRANDA SERRANO, L.M., *Aplazamientos de pago...* cit. p. 122, PERALES VISCASILLAS, M.P., *La morosidad en las operaciones comerciales entre empresas...* cit.. p. 81 y ss., FERNÁNDEZ ASTUDILLO, J.M., "La morosidad en las operaciones comerciales: su nueva regulación", *NJ Bosch*, nº 15, febrero-marzo 2005, p. 3 RODRÍGUEZ RUIZ DE VILLA, D., "Análisis crítico de..." cit. p. 41.

⁸¹ La jurisprudencia, en una línea bastante asentada, niega la personalidad jurídica de las sociedades irregulares (entre otras SS del TS de 16 de julio de 1992, de 14 de noviembre de 1995, 4 de septiembre de 1997, 19 de octubre de 2001, 23 de noviembre de 2001, 30 de marzo de 2005 y 19 de diciembre de 2006), aunque algunas sentencias la admiten (así SS del TS de 24 de marzo de 1984, 8 de junio de 1995, 6 de julio de 1998, 27 de noviembre de 1998 y 17 de enero de 2001 y de 11 de octubre de 2002 y SS del TSJ de Cataluña de 20 de junio de 2002 y de 28 de noviembre de 2002, así como la RDGRN de 14 de febrero de 2001). En la doctrina se observa división de opiniones, la doctrina clásica (GARRIGUES, J., *Curso de Derecho Mercantil...*cit.), y más recientemente VICENT CHULIÁ, F., "La sociedad en constitución", *Estudios en homenaje a R. Uría*, Madrid, 1978, p. 855 y ss, *Introducción al Derecho...* cit. p. 406), no reconocía la personalidad jurídica a las sociedades irregulares. Para VICIANO PASTOR, solo las personas físicas o jurídicas pueden obligarse a cumplir un plazo de pago y sufrir las consecuencias del incumplimiento del mismo. Según este autor

una realidad objetiva, diferente del sujeto titular de la misma que sería la persona física o jurídica⁸², la Ley 3/2004 se refiere a la empresa como una realidad subjetiva, como un sujeto titular de derechos y obligaciones, dada la redacción de sus artículos 1,2 y 3⁸³. Si seguimos el concepto amplio de personalidad jurídica aplicable a

aparentemente una comunidad de bienes o una sociedad irregular podrán concluir una operación comercial, pero serán las personas físicas o jurídicas que se agrupen en torno a esa comunidad de bienes o a esa sociedad irregular las que se están obligando y las que deben sufrir las consecuencias del incumplimiento de la obligación. (VICIANO PASTOR, J., "La morosidad en las obligaciones pecuniarias...", cit. p. 283). Pero ya GIRON TENA, J., *Derecho de sociedades*, I, Madrid, 1976, "Las sociedades irregulares", *ADC*, 1951, p. 1291 y ss., se mostraba en desacuerdo con esta tesis y hoy podemos decir con la mayor parte de los autores que se ocupan del estudio de la sociedad irregular que la protección a los acreedores exige el reconocimiento de personalidad jurídica de la misma (GARCIA VILLAVERDE, R. "Sociedades irregulares", *Cuadernos de Derecho y Comercio*, nº 11, 1993, p. 13 a 50, PAZ ARES, C. voz "Sociedad irregular", *EJB*, IV, Civitas, 1995, pag. 6335 y ss., idem, *Curso de Derecho mercantil*, I, 2ª edición, Civitas, 2006, pp. 555 y ss., idem, "Comentario al artículo 1669 del CC", *AAVV*, Comentario del Código Civil, II, Ministerio de Justicia, Secretaría General Técnica, 1993, pp. 1339 y ss.). Actualmente, la tendencia parece haber cambiado como pone de manifiesto la STS de 24 de noviembre de 2010, en la que se citan varias sentencias antecedentes así como la RDGRN antes citada, que declara "cierto grado de personalidad de las sociedades mercantiles no formalizadas en escritura pública" y también señala que "la personalidad jurídica, como instrumento eficaz para la organización de las empresas y creación de un centro de imputación de relaciones jurídicas útil en el tráfico jurídico, no queda limitada a los supuestos en los que se ha otorgado escritura pública" y en la S TS de 7 de junio de 2011. Resulta sorprendente, por ello, la reciente RDGRN de 25 de junio de 2012 acerca de la personalidad jurídica de las sociedades civiles, que cita Alfaro en su blog (<http://derechomercantilesmana.blogspot.com.es/2012/09/a-la-dgrn-se-le-va-la-olla-pero-no.html>) El profesor Alfaro realiza una muy buena crítica de la resolución en la que la DGRN niega la personalidad jurídica de las sociedades civiles; Alfaro recuerda a la DGRN que las sociedades irregulares y las sociedades en formación tienen reconocida personalidad jurídica de forma pacífica (art. 36 y ss LSC)

⁸² Como deja claro ILLESCAS ORTÍZ, R., "El empresario mercantil individual: reglas generales", *AAVV*, JIMÉNEZ SÁNCHEZ (coord.), *Derecho mercantil*, Barcelona, Ariel, 2006, p. 4, tanto para la economía como para el Derecho empresario y empresa no son sólo conceptos sino también realidades diferentes, el empresario es siempre una persona y la empresa es la manifestación objetiva de los bienes y derechos, así como de las relaciones con otras personas que el empresario organiza y dirige en orden a la producción de bienes y servicios. Para el concepto de empresa ver ALONSO UREBA, A., Voz "empresa", *EJB*, vol. II pp. 2728 a 2735, *Elementos de Derecho mercantil*, I, Introducción, 1989, GIRON TENA, J., "El concepto... cit. pp. 695 y 791, GONDRA ROMERO, J.M., "La estructura jurídica de la empresa (El fenómeno de la empresa desde la perspectiva de la Teoría General del Derecho)", *RDM*, 228, 1998, pp. 493-592., BROSETA PONT, M., *La empresa, la codificación de Derecho...cit.*; FERNÁNDEZ NOVOA, C., "Reflexiones preliminares...", cit. p. 7; FONT GALÁN, J.I., "La empresa en el Derecho mercantil", *AAVV*, JIMÉNEZ SÁNCHEZ (coord.), *Derecho mercantil*, Barcelona, Ariel, 2006, pp. 58 a 81.; JIMÉNEZ SÁNCHEZ, G. "Aproximación al tema ...", cit. p. 337; PUENTE MUÑOZ, M.T., "Notas para..." cit, p. 77

⁸³ Indica con acierto el profesor GONDRA que la empresa aparece como una realidad híbrida de sujeto-objeto y que en la indisociabilidad de esa doble dimensión (subjetiva y objetiva) del fenómeno de la empresa radican las mayores dificultades para su aprehensión conceptual por el Derecho; también se refiere a esta misma cuestión en las pp. 518 y ss. cuando se ocupa del entrecruzamiento de las dimensiones subjetiva y objetiva de la empresa (GONDRA ROMERO, J.M., "La estructura jurídica ...", cit., p. 498). Una interesante exposición sobre el significado que la Ley y la Directiva confieren al término "empresa" como concepto delimitador de sus ámbitos de aplicación puede verse en MIRANDA SERRANO, L.M., *Aplazamientos de pago...* cit.p. 122

las sociedades que sostiene GIRÓN TENA⁸⁴, estaremos ante una persona jurídica cuando nos encontremos ante una organización jurídica que aparece como un sujeto de derecho con un patrimonio independiente y una estructura corporativa. Entonces la supuesta diferencia entre los conceptos de organización (de la Directiva), y persona jurídica (de la LMOC) no existirá y a ambas expresiones habrá de dárseles la misma extensión.

Conforme a todo lo indicado en los párrafos precedentes podemos, por tanto, concluir que el alcance del término “empresa” en esta norma (artículo 3 LMOC) es equivalente a la noción de empresa que se utiliza en el Derecho de la competencia⁸⁵. En la LDC se emplea en la mayoría de sus preceptos indistintamente las expresiones “agentes económicos” o “empresas” y por lo tanto resulta de aplicación a todas las personas que actúen como operadores económicos. Además la LCD declara su aplicabilidad (art. 3) a los empresarios y a cualesquiera otras personas físicas o jurídicas que participen en el mercado. Comprende, por lo tanto, a aquellas personas que intervienen en el mercado con posibilidad de incidir sobre el mismo lo que es el caso del empresario (persona física⁸⁶ y jurídica, tanto privada como pública entendida la persona jurídica en su acepción más amplia) y de los profesionales liberales

⁸⁴ GIRON TENA, J., *Derecho de sociedades...*, cit. p. 172

⁸⁵ Sobre el concepto de empresa en Derecho de la competencia, por todos ALONSO SOTO, R., “Derecho de la competencia (II). La defensa de la libre competencia en España” en URÍA, R., MENÉNDEZ, A., (coord. APARICIO GONZÁLEZ) *Curso de Derecho mercantil t. I*, 2ª edición, Thomson Civitas, 2006, pp. 300 y 375.

⁸⁶ Al referirse a personas físicas debemos tener en cuenta que se aplicará al autónomo. El artículo 10.1 de la Ley 20/2007, de 11 de julio del Estatuto de Trabajo Autónomo, al ocuparse de las garantías económicas declara, que “los trabajadores autónomos tienen derecho a la percepción de la contraprestación económica por la ejecución del contrato en el tiempo y la forma convenidos y de conformidad con lo previsto en la Ley 3/2004, de 29 de diciembre, que establece medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales”. La SAP de Madrid 537/2010, de 5 de noviembre aplica el artículo 7 de la LMOC a un empresario autónomo dedicado al transporte de mercancías por carretera y en la misma línea la SAP de Álava, de 17 de marzo de 2011 (JUR/2011/295481) que considera aplicable la LMOC al propietario de una máquina excavadora con la que realiza determinados trabajos ya que “actúa como autónomo”

3.2.2 Delimitación del término “Administración”

Por lo que respecta al alcance del término “Administración”, se consideraba incluido en el mismo, según indicaba el artículo 2 b) LMOC en su redacción originaria, a las Administraciones públicas y a los organismos y entidades previstos en los apartados 2 y 3 del artículo 1 del Texto Refundido de la Ley de contratos de las Administraciones Públicas (TRLCAP)⁸⁷, texto vigente en el momento de aprobación de la Ley 3/2004. Mientras la LMOC utilizaba el concepto de “Administración”, la Directiva 2000/35/CE se refería a “poderes públicos”, entendiendo por tales según definición de su artículo 2.1, a toda autoridad o entidad contratante tal como se definía en las directivas sobre contratación pública⁸⁸. En estas directivas se consideraba entidad adjudicadora al Estado, los entes territoriales, los organismos de Derecho público y las asociaciones formadas por uno o varios de dichos organismos de Derecho público o de dichos entes⁸⁹. Conforme a las conclusiones expresadas en el ya

⁸⁷ El apartado 2 art. 1 del derogado TRLCAP entiende por Administraciones Públicas a la Administración General del Estado, las Administraciones de las Comunidades Autónomas y a las entidades que integran la Administración local. El apartado 3 declara que deberán asimismo ajustar su actividad contractual a esta Ley los organismos autónomos, en todo caso, y las restantes entidades de derecho público con personalidad jurídica propia, vinculadas o dependientes de cualquiera de las Administraciones Públicas siempre que se den una serie de requisitos, a saber: a) que hayan sido creadas para satisfacer específicamente necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil, b) que se trate de entidades cuya actividad esté mayoritariamente financiada por las Administraciones públicas u otras entidades de derecho público, o bien, cuya gestión se halle sometida a un control por parte de estas últimas, o cuyos órganos de administración, de dirección o de vigilancia, estén compuestos por miembros más de la mitad de los cuales sean nombrados por las Administraciones públicas y otras entidades de derecho público

⁸⁸ Sobre las directivas de contratación pública y su aplicación al Derecho español, por todos, GIMENO FELIÚ. J.M. *El control de la contratación pública: (las normas comunitarias y su adaptación en España)*, Madrid, Civitas 1995, idem *Contratos públicos: ámbito de aplicación y procedimiento de adjudicación: (la incidencia de las directivas comunitarias en el ordenamiento jurídico español)*, Madrid, Civitas 2003, idem, *La nueva contratación pública y su incidencia en la legislación española: la necesaria adopción de una nueva ley de contratos públicos y propuestas de reforma*, Cizur Menor (Navarra), Civitas 2006. Respecto al ámbito de aplicación subjetivo de la normativa sobre contratación del sector público, del mismo autor *Diccionario de contratación pública*, (dir Bermejo Vera), Madrid, Iustel 2009, p. 42

⁸⁹ Las directivas sobre contratación pública en vigor al publicarse la Directiva sobre morosidad eran la Directiva 92/50/CEE del Consejo, de 18 de junio de 1992, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de servicios y las Directivas 93/36/CEE, del Consejo, de 14 de junio de 1993, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de contratos públicos de suministro, 93/37/CEE, del Consejo, de 14 de junio de 1993, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los

citado Dictamen del Consejo de Estado al Anteproyecto de Ley de medidas de lucha contra la morosidad el término “Administración” utilizado por la Ley 3/2004 debía considerarse equivalente al de “poderes públicos” de la Directiva 2000/35 ya que la definición de éstos según la Directiva 93/38/CEE coincidía con la definición de Administraciones públicas contenida en los apartados 2 y 3 del artículo 1 del TRLCAP. Parte de la doctrina administrativa⁹⁰, sin embargo, considera que la Directiva utiliza un concepto más amplio como es el de poderes públicos (que incluye además de a los poderes adjudicadores de las directivas clásicas de contratación pública a las empresas públicas) que el que se recoge en la Ley española al referirse a Administración (ya que este concepto no incluirá al resto de entidades que, aun teniendo personificación pública no puedan ser consideradas poderes adjudicadores o que, pudiendo serlo tengan una personificación jurídico-privada).

La Ley 15/2010 dio una nueva redacción al artículo 3.1 LMOC y remite ahora a la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector público⁹¹ (en adelante LCSP) para definir a la Administración⁹². En el artículo 3.3 de esta norma, se incluye dentro del concepto de

contratos públicos de obras y 93/38/CEE, del Consejo, de 14 de junio de 1993, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de contratos en los sectores del agua, de la energía, de los transportes y de las telecomunicaciones publicadas todas ellas en el DOUE (L 199, de 9.8.1993). Estas Directivas fueron derogadas por la Directiva 2004/17/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos en los sectores del agua, de la energía, de los transportes y de los servicios postales y por la Directiva 2004/18/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios (L 134, de 30/04/2004)

⁹⁰ Así, DEL SAZ CORDERO, quien se pregunta ¿por qué la directiva tiene tanto interés en definir de forma tan amplia al poder público si luego sus normas se aplican igualmente a las operaciones comerciales entre empresas privadas y poderes públicos? Cree que la respuesta se encuentra en la intención de la Directiva de impedir que los Estados miembros interpreten que las entidades pertenecientes al sector público no tengan cabida en el término empresa. (DEL SAZ CORDERO, S., “La incidencia de las medidas de lucha contra la morosidad en los pagos del sector público”, *RGDA*, nº 25, 2010, Iustel, p. 3 y 5)

⁹¹ Esta ley, publicada en el BOE el 31 de octubre de 2007, derogó el Texto refundido de la Ley de contratos de las Administraciones públicas aprobado por RD Legislativo 2/2000, de 16 de junio

⁹² El artículo 2 de la LMOC incluye en la definición de Administración a los entes, organismos y entidades que forman parte del sector público, de acuerdo con el artículo 3.3 de la ley 30/2007, de 30 de octubre, de contratos del sector público

poder adjudicador a los entes, organismos y entidades que forman parte del sector público⁹³. La Exposición de Motivos de la LCSP declara que la delimitación de los entes sujetos se realiza en términos muy amplios con el fin de ajustar el ámbito de aplicación de la ley a las directivas comunitarias así como para no dejar entidades del sector público exentas de regulación⁹⁴. Sin embargo, si atendemos al artículo 3.3 LCSP observamos que su redacción no se ajusta a la definición de poder adjudicador de las Directivas que pretende transponer. En efecto, la Directiva 2004/17/CE⁹⁵ del Parlamento europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004 sobre la coordinación de los procedimientos de adjudicación de contratos en los sectores del agua, de la energía, de los transportes y de los servicios postales y Directiva 2004/18/CE⁹⁶ del Parlamento europeo y del Consejo de 31

⁹³ Artículo 3.3 LCSP: “Se considerarán poderes adjudicadores, a efectos de esta Ley, los siguientes entes, organismos y entidades: a. Las Administraciones Públicas. b. Todos los demás entes, organismos o entidades con personalidad jurídica propia distintos de los expresados en la letra a que hayan sido creados específicamente para satisfacer necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil, siempre que uno o varios sujetos que deban considerarse poder adjudicador de acuerdo con los criterios de este apartado 3 financien mayoritariamente su actividad, controlen su gestión, o nombren a más de la mitad de los miembros de su órgano de administración, dirección o vigilancia. c. Las asociaciones constituidas por los entes, organismos y entidades mencionados en las letras anteriores”

⁹⁴ Según esta EM. la lista del artículo 3, inspirada en la definición de sector público de la Ley General Presupuestaria con las pertinentes correcciones terminológicas para permitir la extrapolación de sus categorías a los sectores autonómico y local y la adición de menciones expresas a las Universidades Públicas y a los denominados reguladores independientes, está formulada en términos extremadamente amplios

⁹⁵ Artículo 2.1,a): “Poderes adjudicadores: el Estado, las entidades territoriales, los organismos de Derecho público, las asociaciones formadas por uno o varios de dichos poderes, o uno o varios de dichos organismos de Derecho público. Se considerará organismo de Derecho público cualquier organismo: creado específicamente para satisfacer necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil, dotado de personalidad jurídica propia y cuya actividad esté mayoritariamente financiada por el Estado, las entidades territoriales u otros organismos de Derecho público, o cuya gestión esté sujeta a un control por parte de estos últimos, o que cuenten con un órgano de administración, de dirección o de vigilancia más de la mitad de cuyos miembros sean nombrados por el Estado, las entidades territoriales u otros organismos de Derecho público”. Analiza el concepto de poder adjudicador GIMENO FELIÚ, J.M. *Novedades de la Ley de contratos del sector público de 30 de octubre de 2007 en la regulación de la adjudicación de contratos públicos*, Civitas, Thomson Reuters, Navarra, 2010, p. 38 y ss. Como señala este autor, conforme a la jurisprudencia del TJCE tres criterios determinan la condición de poder adjudicador: 1) la naturaleza de la actividad: satisfacer necesidades de interés general que no tengan exclusivo carácter mercantil, 2) tener personalidad jurídica propia (pública o privada) y 3) que el control- por vía financiera o cualquier otro medio- sea de la Administración pública

⁹⁶ El artículo 1 de esta Directiva coincide con el citado en la anterior nota y añade un párrafo en el que se indica que en su Anexo III figuran las listas no exhaustivas de los organismos y de las categorías de organismos de Derecho público que cumplen los criterios por los que se les considera como tales organismos. Se indica también que los Estados miembros

de marzo sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios excluyen de su ámbito de aplicación a las empresas públicas y fundaciones no participadas mayoritariamente por la Administración.

Para resolver esta falta de concordancia entre la normativa española y la comunitaria⁹⁷ y para fijar el alcance del ámbito subjetivo de este precepto (art. 3.3 LCSP) debemos analizar⁹⁸ tres cuestiones. La primera es la relativa a si un ente es o no poder adjudicador conforme a los criterios fijados por la jurisprudencia del TJCE, a saber: a) la naturaleza de la actividad (satisfacer necesidades de interés general que no tengan exclusivo carácter mercantil) b) tener personalidad jurídica propia, pública o privada y c) que el control, por vía financiera o cualquier otro medio, sea de la Administración pública. La segunda es la de determinar si el poder adjudicador es Administración Pública a los efectos de la LCSP y finalmente si es un ente que no siendo Administración Pública pertenece al sector público a los efectos de la LCSP. Pues bien, los entes del sector público que no sean Administración Pública serán poder adjudicador cuando concurren las características exigidas por el TJCE al respecto. No es objeto de este trabajo el estudio detallado del concepto de "poder adjudicador", de ahí que nos remitamos a las exposiciones de la mejor doctrina administrativa en este punto⁹⁹

notificarán periódicamente a la Comisión las modificaciones que se hayan producido en sus listas.

⁹⁷ Falta de concordancia que no puede deberse a un olvido o un error involuntario dada la complejidad de las personificaciones instrumentales del sector público (DEL SAZ CORDERO, S., "La incidencia..." cit. p. 8)

⁹⁸ Seguimos en estas líneas a GIMENO FELIÚ, J.M. *Novedades de la Ley...* cit.p. 54 y ss.

⁹⁹ Por todos, GIMENO FELIÚ, J.M., "Delimitación subjetiva de la Ley de Contratos del Sector Público. Aspectos prácticos derivados de los conceptos de Administración Pública y poder adjudicador de la nueva Ley", *Aplicación práctica de los contratos en el sector público*, 2009, pp. 11 a 54, idem "La necesaria interpretación subjetivo-funcional del concepto de poder adjudicador en la contratación pública", *RAP*, 151, 2000, pp. 425 a 440, idem "Los sujetos contratantes: alcance del concepto poder adjudicador en la Ley de Contratos del sector público" *Noticias UE*, 298, 2009, idem "Los sujetos contratantes: alcance del concepto "poder adjudicador", *Cuadernos de Derecho local*, 12, 2006, pp. 50 a 78

En todo caso¹⁰⁰, cualquier otro tipo de entidad pública que no encaje dentro del concepto de Administración, estará dentro del ámbito de aplicación subjetiva de la LMOC al ser considerada como una empresa a los efectos de ésta, si actúa en el mercado con finalidad concurrencial.

La aplicación de la normativa sobre morosidad a las Administraciones públicas se puede considerar uno de los grandes aciertos de la Directiva y de su transposición al Derecho español, dado que el sector público en España, especialmente el autonómico y local cuenta con unos retrasos exagerados e inaceptables en los pagos¹⁰¹ —son habituales plazos de pago superiores a 120 días—, lo cual ha llegado a ser determinante en el concurso de muchas PYMES en nuestro país¹⁰². Precisamente la lucha contra los retrasos en los pagos por parte de las Administraciones Públicas españolas es una de las finalidades que persigue la reforma de la Ley 3/2004 que se ha llevado a cabo mediante la Ley 15/2010. Con tal fin, como declara en su Preámbulo, en esta norma se reduce a un máximo de treinta días el plazo de pago del sector público que se aplicará a partir del 1 de enero de 2013¹⁰³. La LMOC establece un procedimiento ágil para hacer efectivas las deudas de los poderes públicos y mecanismos de transparencia en materia de cumplimiento de las obligaciones de

¹⁰⁰ Como advierte MARTÍNEZ FERNÁNDEZ, J.M. “La aplicación a la contratación administrativa de la ley de medidas contra la morosidad en las operaciones financieras”, *REL* n° 82, 2005, p. 46.

¹⁰¹ Sin embargo, en la práctica y tras varios años de vigencia de la ley, no se han logrado reducir estos plazos, como ya se puso de manifiesto, por ejemplo, en las Comparecencias para informar sobre la morosidad en los pagos comerciales que se llevaron a cabo ante la Comisión de Economía y Hacienda del Senado los días 23 y 24 de marzo de 2006 (Diario de Sesiones del Senado núm. 290 y 293). Posteriormente, se hizo referencia también a esta circunstancia en las diversas interpelaciones, preguntas orales y escritas y comparecencias que tuvieron lugar a lo largo de la IX legislatura y de las que se puede tener noticia en la página web del Congreso de los Diputados <http://www.congreso.es/portal/page/portal/Congreso/Congreso/Iniciativas>

¹⁰² PULGAR EZQUERRA, J., “A propósito de la ley de medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales (Ley 3/2004. de 29 de diciembre)”, *RDCP*, 2, 2005, pp. 518 y ss.

¹⁰³ Hasta entonces, y de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 3 que modifica la Ley 30/2007, de 30 de octubre de contratos del sector público, se fijó un plazo de 55 días durante el año 2010, de 50 días en 2011 y de 40 para 2012 para el pago de las obligaciones comerciales

pago, a través de informes periódicos a todos los niveles de la Administración y de la creación de un nuevo registro de facturas cuya llevanza corresponde a las Administraciones locales¹⁰⁴.

Transcurridos casi dos años desde la aprobación de la Ley 15/2010, ante el fracaso de las medidas contenidas en ella y la gravedad de la situación a la que se llegó como consecuencia de la falta de pago de sus deudas por parte de las Administraciones públicas, se aprobó el Real Decreto-Ley 4/2012, de 24 de febrero, por el que se determinan obligaciones de información y procedimientos necesarios para establecer un mecanismo de financiación para el pago a los proveedores de las entidades locales. Esta norma, ratificada en el Congreso el día 8 de marzo, fue elaborada por el Gobierno tras el fracaso de las medidas aprobadas también por vía de Decreto ley en los años 2009¹⁰⁵ y 2011¹⁰⁶ que dispusieron la creación de una línea de avales del Instituto de Crédito Oficial para el saneamiento de las deudas locales y una línea de crédito para la cancelación de las deudas de las entidades locales con empresas y autónomos. La extensión que requiere dedicar la merecida atención a las medidas previstas en todas estas normas que acabamos de citar (tanto en la LMOC como en el Real Decreto-Ley 4/2012) hace que remitamos su estudio al capítulo VI.

¹⁰⁴ Todas estas medidas están previstas en los artículos tercero (modificación de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de contratos del sector público), cuarto (morosidad de las Administraciones públicas), quinto (registro de facturas en las Administraciones públicas) y en la disposición transitoria tercera (plazos máximos de pago en los contratos de obra con las Administraciones públicas) de la Ley 15/2010

¹⁰⁵ Real Decreto-ley 5/2009, de 24 de abril, de medidas extraordinarias y urgentes para facilitar a las entidades locales el saneamiento de deudas pendientes de pago con empresas y autónomos

¹⁰⁶ Real Decreto-ley 8/2011, de 1 de julio, de medidas de apoyo a los deudores hipotecarios, de control del gasto público y cancelación de deudas con empresas y autónomos contraídas por las entidades locales, de fomento de la actividad empresarial e impulso de la rehabilitación y de simplificación administrativa.

3.3 Exclusiones a su ámbito de aplicación

Además de a los pagos efectuados en operaciones comerciales en las que intervengan los consumidores, el artículo 3.2 excluye del ámbito de aplicación de la LMOC los “intereses relacionados con la legislación en materia de cheques, pagarés y letras de cambio” (que, a falta de indicación expresa en la misma, se regirán por la Ley 19/1985, de 16 de julio, cambiaria y del cheque al tratarse ésta de una norma especial) y “los pagos de indemnizaciones por daños, incluidos los pagos por entidades aseguradoras” (que, conforme al criterio que acabamos de mencionar, se regirán por la Ley 50/1980, de 8 de octubre, de contrato de seguro, cuyo artículo 20 párrafo 4º impone al asegurador el pago del interés legal incrementado en un 50% y que excluye, en el párrafo 10º del mismo artículo 20, la aplicación del artículo 1108 C.Cv.) así como “las deudas sometidas a procedimientos concursales incoados contra el deudor” (que se regirán por lo establecido en su legislación especial conforme a lo que declara expresamente el artículo 3 c) es decir, en la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal¹⁰⁷). A cada una de estas exclusiones vamos a referirnos a continuación de forma separada.

3.3.1 Las operaciones celebradas con consumidores

Quedan fuera del ámbito de aplicación de la Ley de morosidad las operaciones comerciales realizadas entre empresas y consumidores como declara expresamente el artículo 3.2 a) de la Ley 3/2004. Es

¹⁰⁷ Hay que tener en cuenta, en todo caso, que en su Disposición adicional 2ª esta ley declara aplicable su legislación especial a determinadas actividades desarrolladas por entidades de crédito, empresas de servicios de inversión y entidades aseguradoras. En el párrafo primero de esta Disposición adicional se declara que en los concursos de entidades de crédito o entidades legalmente asimiladas a ellas, empresas de servicios de inversión y entidades aseguradoras así como entidades miembros de mercados oficiales de valores y entidades participantes en los sistemas de compensación y liquidación de valores, se aplicarán las especialidades que para las situaciones concursales se hallen establecidas en su legislación específica, salvo las relativas a composición, nombramiento y funcionamiento de la administración concursal. A continuación, el párrafo 2 de esta disposición adicional enumera cual es esa legislación especial

una declaración expresa que no realiza la Directiva 2000/35 (ni tampoco la Directiva 2011/7/UE) que utiliza un concepto de “operación comercial” que incluye únicamente las operaciones realizadas entre empresas o entre empresas y poderes públicos que den lugar a la entrega de bienes o a la prestación de servicios¹⁰⁸. Su considerando 13 reconoce que conviene limitar su alcance a los pagos efectuados como contraprestación en operaciones comerciales y no regular las operaciones en que intervienen consumidores.

Ahora bien: ni la Ley 3/2004 (tampoco la Ley 15/2010) ni la Directiva 2000/35 (ni la Directiva 2011/7/UE) contienen un concepto de consumidor, lo que nos lleva a plantearnos cuál debe ser éste a los efectos de la LMOC. No existe tampoco un concepto unitario de consumidor en las Directivas comunitarias sobre consumo¹⁰⁹ y en la legislación española. Si tomamos como referencia la normativa básica en materia de consumo en España¹¹⁰, consumidor o usuario es la persona física o jurídica que actúa en un ámbito ajeno a una actividad

¹⁰⁸ A la hora de transponer la Directiva hay diversidad de opciones en este punto ante la falta de previsión de la Directiva. Mientras algunos países como Irlanda (*Late Payment in Commercial Transactions*, Regulations 2002, S-I. n° 338 of 2002), Lituania (Ley por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales de 9 de diciembre de 2003, ley n° IX-1873, República de Lituania) y Portugal (*Decreto-lei* n° 32/2003, de 17 de febrero) excluyen de su ámbito de aplicación las transacciones con consumidores, otros como Alemania (286.3 y 288.1 del BGB) y Finlandia (Ley 633/1982, modificada por la Ley 340/2002) han incluido en la regulación de la mora a los consumidores. En el caso de Alemania se declara aplicable a los consumidores el plazo de pago de 30 días desde el recibo de la factura o la declaración de pago equivalente, siempre que en ellas se hubiese hecho constar esta circunstancia (286.3 BGB). En cuanto al tipo de interés de demora, a los consumidores se les aplicará el tipo básico incrementado en un 5%, mientras que a los demás el 8% (288.1 BGB).

Sobre la transposición de la Directiva 2000/35 en los Estados miembros puede encontrarse información en <http://ec.europa.eu/enterprise/policies/single-market-goods/documents/late-payments>.

¹⁰⁹ La Directiva 2008/48/CE del Parlamento europeo y del Consejo de 23 de abril de 2008 relativa a los contratos de crédito al consumo y por la que se deroga la Directiva 87/102/CEE del Consejo, considera consumidor a la persona física que actúa con fines que están al margen de su actividad comercial o profesional. En esa misma línea la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores y la Directiva 97/7/CEE del Parlamento europeo y del Consejo de 20 de mayo de 1997 relativa a la protección de los consumidores en materia de contratos a distancia lo definen como toda persona física que actúe con un propósito ajeno a su actividad profesional

¹¹⁰ Artículo 3 del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias.

empresarial o profesional. Tanto la legislación comunitaria como la española coinciden en considerar consumidor a quien actúa fuera de su ámbito empresarial o profesional; pero, mientras que las Directivas comunitarias incluyen dentro del concepto de consumidor sólo a la persona física, el TRLGDCU incluye también a la persona jurídica. La mayoría de la doctrina española considera, por tanto, que serán consumidores o usuarios aquellas personas jurídicas cuya finalidad no sea la realización de una actividad de producción o de comercialización de bienes o servicios para el mercado o que no persigan una finalidad de lucro y que transmitan a sus miembros, asociados o beneficiarios a título gratuito o a precio de coste los bienes o servicios adquiridos¹¹¹. De este modo, entrarían dentro del concepto de consumidor del TRLGDCU las asociaciones de interés público y las fundaciones (salvo la fundación-empresa¹¹², reconocida en el artículo 24 de la Ley estatal de fundaciones, que permite a éstas desarrollar actividades económicas con sometimiento a las normas de la defensa de la competencia. La fundación-empresa adquiere entonces la condición de empresario¹¹³ y por lo tanto no puede ser considerada consumidor). Más problemático es el caso de la sociedad civil con objeto mercantil. Siguiendo a la doctrina más autorizada creemos que deben ser calificados como empresarios¹¹⁴. Por lo tanto, habrá que considerar excluidas del ámbito subjetivo de aplicación de la LMOC a las operaciones comerciales realizadas entre empresas y consumidores entendiendo por tales a las personas físicas o jurídicas (por ejemplo sociedades civiles, comunidades de bienes u otros entes asociativos) que no realizan actividades mercantiles.

¹¹¹ En esta línea, se ocupan del estudio de la persona jurídica como consumidor, entre otros, BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, A., "Ámbito de aplicación y derechos de los consumidores en la Ley general para la defensa de los consumidores y usuarios", *Estudios jurídicos sobre protección de los consumidores*, (dir. A Bercovitz Rodríguez-Cano, R. Bercovitz Rodríguez-Cano), Tecnos, Madrid, 1987, pp. 136 y ss. y PAGADOR LÓPEZ, J., *Condiciones generales y cláusulas contractuales predispuestas. La Ley de condiciones generales de la contratación*, Marcial Pons, Madrid, 1999, pp. 171 y ss.

¹¹² Sobre la fundación empresa LA CASA GARCÍA, R., *La fundación-empresa*, Tratado de Derecho Mercantil, t. XVII, Marcial Pons, 2009, passim

¹¹³ ROJO, A., "El empresario ... cit., p. 108

¹¹⁴ PAZ ARES, C. *Curso de Derecho mercantil*, I, 2ª ed. Civitas, 2006, p. 532 y ss.

Podemos citar algunas sentencias que, de acuerdo a lo establecido en la LMOC, han excluido su aplicación cuando concurre un consumidor. Así, ante la ausencia de pronunciamiento, por el momento, por parte del TS, entre las de las Audiencias Provinciales, por ejemplo la SAP de Alicante sección 9ª, núm.572/2009, de 26 de octubre de 2010 (Jur/2010/52061) en un contrato de compraventa de material fotográfico excluye la aplicación de la ley por la condición de consumidor del comprador. La SAP de Almería sección 1ª, núm.31/2007, de 9 de febrero de 2007 (Jur/2007/175909) en un contrato de suministro de material rechaza la aplicación de la ley 3/2004 al no constar la condición de empresario del demandado. En la misma línea la SAP de Cáceres sección 1ª, núm.313/2007, de 11 de julio de 2007 (Jur/2007/299538), la SAP de Girona sección 2ª, núm.477/2008, de 15 de diciembre de 2009 (Jur/2009/388171) que excluye su aplicación en un contrato de arrendamiento de obra al ser el demandado un “particular”¹¹⁵, la SAP de Islas Baleares sección 4ª, núm.76/2006, de 20 de abril de 2006 (Jur/2006/188750), la SAP de Jaén sección 2ª, núm.96/2009, de 21 de abril de 2009 (Jur/2009/272717) que se refiere también a la condición de destinataria final para excluir de su aplicación a la ley y la SAP de Navarra, sección 2ª, núm. 61/2010, de 12 de mayo (Jur/2010/418546) que rechaza la aplicación del artículo 7 de la LMOC en el caso del pago de unos trabajos de instalación eléctrica al tener la demandada la condición de “destinataria final”

Nos parece oportuno recordar aquí, como ya hemos indicado en el capítulo II, que el CESE, en su Dictamen sobre la propuesta de Directiva por la que se modificaba la Directiva 2000/35 instó a la Comisión a que realizase estudios que determinasen la oportunidad de, o bien incluir ciertos aspectos de las relaciones con consumidores

¹¹⁵ En el mismo sentido la SAP de Madrid sección 12ª, núm.917/2008, de 26 de diciembre de 2008 (Jur/2009/114114) de nuevo en un contrato de arrendamiento de obra rechaza la aplicación de la norma al tener la apelante la cualidad de consumidora

en la Directiva, o bien elaborar propuestas específicas al respecto. Finalmente, la Directiva 2011/7/UE, sobre esta cuestión ha mantenido el mismo criterio que la Directiva 2000/35 y declara expresamente en su Considerando 8, al igual que antes lo hacía en el 13, que esta norma no debe regular las operaciones en las que intervienen consumidores.

3.3.2 Los pagos de indemnizaciones por daños

Nos referimos aquí a los pagos de indemnizaciones por daños, incluidos los pagos por entidades aseguradoras, que comprenden las indemnizaciones dinerarias tanto por los daños contractuales como por los extracontractuales. Estas indemnizaciones, normalmente, tienen su origen en un contrato de seguro. Cuando la LMOC los excluye de su ámbito de aplicación debemos preguntarnos por qué lo hace. Un sector de la doctrina¹¹⁶ sostiene que la razón está en que los pagos efectuados por las entidades aseguradoras no encajan dentro del concepto de relaciones recíprocas o sinalagmáticas¹¹⁷ puesto que la causa de la indemnización no es solamente la prima sino también la producción del siniestro. Para otros autores¹¹⁸ el fundamento de la exclusión es que se trata de un contrato aleatorio y que la LMOC se aplica sólo a los conmutativos. Creemos, sin embargo, que la justificación de la exclusión de las indemnizaciones por parte de entidades aseguradoras del ámbito de aplicación de la LMOC es el hecho de que existe una regulación específica de la mora del asegurador en la legislación sobre seguros que se encuentra en el

¹¹⁶ Así ALFARO ÁGUILA-REAL, J., "La nueva regulación..." cit. p. 15, PERALES VISCASILLAS, M.P., *La morosidad...* cit. p. 90, AGUILLAUME GANDÁSEGUI, "El ámbito de aplicación..." cit. p. 9, ROMERO CANDAU, *Medidas de lucha...* cit. p. 32, RODRÍGUEZ RUIZ DE VILLA, "Análisis crítico..." cit. p. 55

¹¹⁷ Hoy en día, sin embargo, no se duda del carácter sinalagmático del contrato de seguro, por todos URÍA, MENÉNDEZ Y ALONSO SOTO, "El contrato de seguro en general" AAVV, URÍA Y MENÉNDEZ (dirs.) *Curso de Derecho mercantil*, t. II, Madrid, Civitas, 2001, p. 579

¹¹⁸ PERALES VISCASILLAS, M.P., *La morosidad...* cit. p. 90, MIRANDA SERRANO, *Aplazamientos...* cit. p. 93 y VICIANO PASTOR, J., "La morosidad en las..." cit. p.325

artículo 20 LCS¹¹⁹, quizá no sea ajena a esta exclusión la presión que sobre el legislador ejercieron las entidades aseguradoras en la tramitación de la LMOC.

Como jurisprudencia que ha aplicado la exclusión de cuyo estudio nos estamos ocupando, podemos citar la SAP Barcelona de 4 de mayo de 2009 (Jur/2009/393046). Este caso, no obstante, no se refiere a un supuesto de pago por entidad aseguradora pero se trata de una exclusión prevista en la ley ya que se trata de una indemnización de daños. En su FJ 5, la S declara que la LMOC no es aplicable al caso por tratarse de un supuesto de indemnización de daños. En este asunto el Juzgado había condenado a una empresa al pago de una indemnización por daños y perjuicios ocasionados en el lacado de unas bicicletas, y en la indemnización había calculado los intereses establecidos en el artículo 7 de la Ley 3/2004. La Audiencia de Barcelona, consideró que, examinado el artículo 3 de la Ley 3/2004, no era aplicable el interés a los pagos por indemnizaciones de daños, como era el caso, ya que la demandante no había reclamado la contraprestación de una operación comercial, que es el supuesto al que se aplican estos intereses, sino una indemnización por un daño patrimonial producido por la deficiente actuación de la demandada.

3.3.3 Las deudas sometidas a procedimientos concursales incoados contra el deudor

La exclusión de las deudas sometidas a procedimientos concursales está específicamente prevista en el artículo 6.3 a) de la Directiva y por lo tanto tampoco fue discutida en la tramitación de la

¹¹⁹ Para el estudio de este precepto v. SÁNCHEZ CALERO, F., "La mora del asegurador en la nueva redacción del artículo 20 de la Ley del Contrato de Seguro", *RES*, nº 88, 1996, pp. 7 y ss.; LA CASA GARCÍA, R., *La mora del asegurador en la ley del contrato de seguro*, Madrid-Barcelona, Marcial Pons, 2000

LMOC. El fundamento de la exclusión del artículo 3.2 c) de la Ley 3/2004 se encuentra en el principio de especialidad lo que declara expresamente este precepto remitiendo a la aplicación de la Ley 29/2003, de 9 de julio concursal¹²⁰. En este caso, frente a la ley general (ley de morosidad) prevalece la ley especial (ley concursal) para aquellos deudores que se encuentren en situación de insolvencia¹²¹. Nos parece acertada la exclusión realizada por el legislador español ya que es acorde con lo establecido en el artículo 6.3 c) de la Directiva y con las consecuencias que se derivan de la declaración del concurso con respecto a los acreedores (integración de todos ellos en la masa pasiva y paralización de las ejecuciones singulares¹²²) y con respecto a los créditos (prohibición de compensación, interrupción de la prescripción de las acciones contra el deudor por los créditos anteriores a la declaración y suspensión del devengo de intereses de cualquier clase¹²³).

No obstante, consideramos oportuno referirnos aquí un par de cuestiones un tanto problemáticas que se han planteado respecto a esta exclusión legal. La primera sería la de determinar si la exclusión debe interpretarse en un sentido amplio¹²⁴, y que impida la aplicación de la LMOC a todos los créditos presentes en el concurso, o en un sentido estricto¹²⁵ y sólo se refiera a los que se integran en la masa pasiva¹²⁶, a los que se refiere el art. 84.2 de la LC. Y la segunda

¹²⁰ Como indica SORIANO GARCÍA, J.E., *Lucha contra la morosidad...* cit. p. 141, la razón de la exclusión de los procedimientos concursales es su complejidad y especialidad

¹²¹ Sobre el presupuesto objetivo del concurso v. por todos, PULGAR EZQUERRA, J. "El presupuesto objetivo del concurso de acreedores ", AAVV, GARCÍA VILLAVERDE, R., ALONSO UREBA, A. Y PULGAR EZQUERRA, J. (dirs.), *Derecho concursal. Estudio sistemático de la Ley 22/2003 y de la Ley 8/2002*, Madrid, Dilex, 2003, pp. 55 y ss.

¹²² Artículos 49 a 57 LC

¹²³ Artículos 58 a 60 LC

¹²⁴ Sostiene esta opinión MIRANDA SERRANO, *Aplazamientos...* cit. p.204 y ss. Del mismo autor "La morosidad en los pagos instrumentados en títulos valores: situaciones concursales y extraconcursoales", *RDCP*, nº 10, 2009, pp. 138 y ss.

¹²⁵ PERALES VISCASILLAS, M.P., *La morosidad...* cit. p. 94

¹²⁶ Acerca de la masa pasiva v., entre otros, ALONSO LEDESMA, C., "Delimitación de la masa pasiva: las clases de créditos y su graduación" *Derecho concursal. Estudio sistemático de la Ley 22/2003 y de la Ley 8/2002 para la reforma concursal*, Dilex, 2003, pp. 357 y ss., BELTRÁN SÁNCHEZ, E., "La prioridad de los créditos contra la masa", *Estudios sobre la Ley Concursal. Libro Homenaje a Manuel Olivencia*, t. IV, Marcial Pons, 2005, pp. 3614 y ss. y

cuestión la relativa a si la solicitud de la declaración de concurso podría solapar e, incluso, permitir al deudor eludir la aplicación de las medidas sustantivas de lucha contra la morosidad que prevé la ley 3/2004 ya que el artículo 2.3 de la Ley Concursal permite la posibilidad de solicitar el concurso por parte de un deudor cuya insolvencia sea no actual sino inminente¹²⁷.

La exclusión de las deudas sometidas a procedimientos concursales incoados contra el deudor, ha sido ya reconocida en la práctica por nuestros tribunales, en concreto por la SAP Vizcaya de 29 de diciembre de 2008 (Jur/2009/200324) que en su FJ 5 declara la existencia de una indebida aplicación de la ley a un supuesto de concurso culpable dada la exclusión de éste ex. art. 3.2. En este asunto, el Juzgado de primera instancia había condenado al gerente y a los administradores de una sociedad a reintegrar a la masa activa determinadas cantidades más los intereses del artículo 7.1 LMOC. La Audiencia de Vizcaya estimó, con relación a esta cuestión, el recurso interpuesto por el condenado alegando que se considera indebida la aplicación del artículo 7.1 de la LMOC ya que nada tiene que ver con el tráfico mercantil ni con la demora en el cumplimiento de las obligaciones a quien se le condena por cómplice en la calificación culpable de un concurso de acreedores. La Audiencia considera que el artículo 3 de la mencionada Ley delimita su ámbito de aplicación a los

GARCIA PITA Y LASTRES, J.L., "Los créditos contra la masa", *Anuario de Derecho Concursal*, 2004, pp. 7 y ss.

¹²⁷ Aunque este riesgo no será frecuente ya que la solicitud del concurso voluntario conlleva un coste económico y puede conllevar un importante descrédito del deudor en el tráfico, tampoco es imposible; como pone de manifiesto PULGAR EZQUERRA, J., "A propósito de la ley de medidas de lucha..." cit. pp. 516 y ss, para quien la conexión entre la aprobación de la Ley 3/2004, de 29 de diciembre y la aprobación y entrada en vigor de la reforma del Derecho concursal, va más allá de la mera coincidencia temporal, produciéndose particularmente en torno al difícil y complejo ámbito de la prevención de las crisis económicas. Insiste esta autora en que no parece que sea el concursal el ámbito más idóneo para abordar la prevención de la morosidad en el cumplimiento de las obligaciones comerciales. En este nuevo marco normativo parece que la prevención del retraso en el cumplimiento de las obligaciones debería encontrar su tratamiento adecuado en ese ámbito extraconcursal y anterior a la apertura de un procedimiento concursal. En este sentido, sugiere que debería reforzarse reglamentariamente la operatividad de las medidas sustantivas de lucha contra la morosidad previstas en la Ley 3/2004 (op. cit. p. 524).

pagos efectuados como contraprestación en las operaciones comerciales realizadas entre empresas, lo que no es subsumible en el artículo 172.2.3 de la Ley concursal, quedando fuera del ámbito de su aplicación expresamente las deudas sometidas a procedimientos concursales, incoados contra el deudor, que se regirán por lo establecido en su legislación especial.

3.3.4 Los intereses provenientes de títulos cambiarios

A diferencia de los dos supuestos anteriores (pagos de indemnizaciones por daños y deudas sometidas a procedimientos concursales) la exclusión de los intereses relacionados con la legislación en materia de cheques, pagarés y letras de cambio, ha sido criticada por buena parte de la doctrina que ha estudiado esta cuestión¹²⁸.

Comienzan estos autores por criticar la defectuosa redacción¹²⁹ de este precepto¹³⁰, lo cual dificulta su interpretación. En la tramitación de la Proposición de ley de modificación de la Ley 3/2004, de 29 de diciembre, por la que se establecen medidas de lucha contra la

¹²⁸ Entre otros, ALFARO ÁGUILA-REAL, J., "La nueva regulación del crédito comercial: Una lectura crítica ... cit. p. 15 y ss., FUENTES GÓMEZ, J.C., "Logros y cuestiones pendientes..." cit. p. 12, RODRÍGUEZ RUIZ DE VILLA, D., "Análisis crítico de la lucha contra..." cit. p. 42 y ss. y AGUILLAUME GANDÁSEGUI, G., "El ámbito de aplicación subjetivo y objetivo...", cit., p. 6

¹²⁹ ALFARO ÁGUILA-REAL, J., "La nueva regulación del crédito comercial: Una lectura crítica ... cit. p. 15 critica no solo éste sino otros muchos preceptos y llega a decir que toda la LMOC, parece redactada por alguien sin conocimientos jurídicos ya que por ejemplo el artículo 5 ordena el pago del interés de demora "automáticamente y por el mero incumplimiento del pago en el plazo pactado o legalmente establecido, sin necesidad de aviso de vencimiento ni intimación alguna..." y señala este autor que dado que pago y cumplimiento son sinónimos en nuestro Derecho civil "el incumplimiento del cumplimiento" resulta una expresión, cuando menos, graciosa. Este autor se refiere, también en términos críticos, a la reforma de la LMOC llevada a cabo por la Ley 15/2010 en su blog <http://derechomercantilespana.blogspot.com/2010/09/la-ley-de-la-morosidad-no-siempre-lo.html>. MIRANDA SERRANO, L.M., "La morosidad de los pagos instrumentados en títulos valores: situaciones concursales y extraconcursoales", *RDCPI*, nº 10, 2009, p. 126 se refiere a su "desafortunada formulación" y RODRÍGUEZ RUIZ DE VILLA, D., "Análisis crítico de la lucha contra..." cit. pp. 42 y 43 habla de "redacción oscura y confusa fruto de la ofuscación del legislador y de un mal entendido seguidismo (sic) de la Directiva 2000/35/CEE"

¹³⁰ Inicialmente, la Proposición de ley, en consonancia con el Considerando 13 de la Directiva, excluía los "intereses relacionados con otros pagos como los efectuados en virtud de la legislación en materia de cheques, pagarés y letras de cambio", pero tras varias enmiendas, el texto definitivo quedó como hemos visto.

morosidad en las operaciones comerciales¹³¹ podría haberse aprovechado para corregir la defectuosa redacción de la LMOC al respecto¹³² para que se aplicara la ley de morosidad a los intereses que se devenguen por impagos de cheques, pagarés y letras de cambio, cuando exista una relación causal entre librador y tenedor de la misma; sin embargo las enmiendas presentadas no prosperaron y el texto de la Ley se ha mantenido en la reforma igual que en su redacción original. Si hubieran prosperado estas enmiendas, creemos que la solución dada por el legislador hubiera tutelado suficientemente el interés del acreedor proporcionando una mayor seguridad jurídica, al clarificar la extensión de la excepción. Unos párrafos más adelante intentaremos, por vía interpretativa, llegar a la solución que la ley no ha adoptado.

Al margen de la cuestión semántica, la primera crítica que puede hacerse a esta exclusión es que no se encuentra justificada al no hallarse recogida en el texto de la Directiva, ya que no aparece entre los posibles supuestos de exclusión de su ámbito de aplicación ex art. 6.3¹³³. Dado que nos encontramos ante una Directiva de mínimos, como resulta de su artículo 6.2, y que por lo tanto los Estados miembros pueden mantener o establecer disposiciones que sean más

¹³¹ BOCG, Congreso de los Diputados, [Serie B, núm. 169-1, de 24 de marzo de 2009]

¹³² Tanto ER-IU-Iniciativa per Catalunya Verds como EAJ-PNV presentaron enmiendas al respecto. El texto sugerido por ambos grupos parlamentarios para la redacción del artículo 3.2 b) de la LMOC era el siguiente: "b) La ley no será de aplicación en los intereses relacionados con la legislación en materia cambiaria cuando los cheques pagarés y letras de cambio operen como títulos abstractos, sin existencia de relación causal alguna entre el deudor y el proveedor. Por el contrario, cuando el título no haya sido objeto de endoso alguno y, por tanto, el proveedor reclame su cuantía, y éste sea también acreedor legítimo de la deuda causal, la Ley será plenamente aplicable. En cualquier caso, el acreedor podrá escoger entre exigir al deudor moroso los intereses de demora y penalizaciones previstos en la Ley de Ordenación del Comercio Minorista o bien los recogidos en la Ley Cambiaria y del Cheque."

¹³³ Que permite a los Estados miembros excluir de su ámbito de aplicación las deudas sometidas a procedimientos de insolvencia incoados contra el deudor, los contratos celebrados antes del 8 de agosto de 2002 y las reclamaciones de intereses de menos de 5 euros. Aunque en el Considerando 13 aparezca una referencia a ello, ya que se indica que conviene no regular los intereses relacionados con otros pagos como, por ejemplo, los efectuados en virtud de la legislación en materia de cheques y letras de cambio. Hay que recordar que los considerandos sirven para interpretar las Directivas comunitarias pero no tienen valor normativo.

favorables para el acreedor que las necesarias para el cumplimiento de la Directiva, si esa disposición [el artículo 3.2 b) LMOC] resulta más favorable, el legislador español habrá ido más allá, lícitamente, de lo establecido en la Directiva.

La segunda crítica que se le puede hacer a esta exclusión es que no acaba de entenderse la razón por la que el medio de pago debiera ser relevante, dada la finalidad de la regulación (que no es otra, como declara la Exposición de motivos de la Ley 3/2004, que fomentar una mayor transparencia en la determinación de los plazos de pago en las transacciones comerciales y su cumplimiento). La razón por la que el legislador español ha reconocido esta exclusión podría ser la de no beneficiar injustificadamente a los tenedores de la letra, del cheque o del pagaré que no fueran acreedores en la relación causal que originó su emisión.

No hay que olvidar que, sobre todo el cheque (cuya circulación es muy limitada) pero también la letra y el pagaré (éstos últimos de uso bastante frecuente, especialmente el pagaré¹³⁴ para documentar deudas dinerarias, sobre todo en el ámbito de la distribución comercial y de la construcción) pueden ser simples medios de pago, *pro soluto* (artículo 1170 C.Cv.) y continuar en poder del acreedor causal en el momento de su vencimiento. Por ello no se comprende muy bien por qué el hecho de haber documentado el crédito en un título valor tenga que impedir al acreedor acogerse a las ventajas que proporciona la Directiva¹³⁵.

A la hora de intentar interpretar la exclusión que de manera tan desafortunada ha recogido el artículo 3.2 b) de la LMOC, para una

¹³⁴ Acerca del pagaré y su empleo generalizado en la actualidad, véase GÁLVEZ DOMÍNGUEZ, E., *El pagaré*, t. XXVI, obra colectiva *Tratado de Derecho mercantil*, (dir. Olivencia Fernández- Novoa, Jiménez de Parga, coord. Jiménez Sánchez), Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2001, *passim*

¹³⁵ ALFARO ÁGUILA-REAL, J., "La nueva regulación del crédito comercial: Una lectura crítica ... cit. p. 16

mejor protección o tutela de los intereses en juego, existen varias soluciones. La primera propugnada por el Consejo de Estado en su Dictamen al Anteproyecto de LMOC ¹³⁶(documento al que hemos hecho referencia en el capítulo III) consiste en excluir de la aplicación de la LMOC todas las obligaciones de pago del precio nacidas como contraprestación de la entrega de bienes o de la prestación de servicios en todos los casos en que se encuentren documentadas en títulos valores, por lo cual la documentación cambiaria de la obligación supondría automáticamente su exclusión de la normativa sobre morosidad. Y ello porque, según se afirma en el Dictamen del Consejo de Estado, la Directiva, orientada a establecer medidas de lucha contra la morosidad, considera que los pagos instrumentados a través de títulos cambiarios no plantean los problemas que la norma comunitaria pretende abordar y ofrecen un nivel suficiente de garantías o de cumplimiento en la práctica, por lo que los excluye de su ámbito de aplicación. Tendría lugar entonces, por el principio de especialidad, la aplicación de la normativa establecida en la Ley cambiaria y del cheque (especialmente los arts. 58, 59 y 149.2).

Una segunda postura, basándose en una interpretación literal del artículo 3.2 b) que se refiere a los "intereses" considera que el legislador no ha pretendido dejar fuera de la LMOC las obligaciones de pago del precio surgidas de operaciones documentadas en títulos valores, sino sólo lo relativo a los intereses remuneratorios y moratorios de tales operaciones ya que la LCCH prevé para ellos una regulación especial (el artículo 6.1 para la letra de cambio y el pagaré y en el 113 para el cheque se ocupa de los intereses remuneratorios y los artículos 58.1 y 2 para la letra y el pagaré¹³⁷ y el 149 para el

¹³⁶ Defendida entre otros autores por PERALES VISCASILLAS, M.P., *La morosidad...* cit. p. 88 y 89, ROMERO CANDAU, P. "Medidas de lucha..." cit. p. 32, RODRÍGUEZ RUIZ DE VILLA, D., "Análisis crítico..."cit. p. 44, RODRIGUEZ PIÑERO Y BRAVO FERRER, M., "La lucha legal contra la morosidad en los pagos", en AAVV. (coord. González Porras y Méndez González), *Libro homenaje al profesor Manuel Albaladejo García*, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Murcia 2004, t. II, p. 4375-4376 y SORIANO GARCIA, J.E., *Lucha contra la morosidad...* cit. p. 141

¹³⁷ El art.96 LCCH remite respecto al pagaré al régimen aplicable a la letra de cambio.

cheque se refiere a los intereses moratorios¹³⁸. Estos preceptos recogen intereses de demora menores que los de la Directiva¹³⁹.

Finalmente, la tercera solución propuesta, a la cual nos adherimos¹⁴⁰, de carácter intermedio respecto de las dos anteriores intenta coordinar las exigencias de la normativa de lucha contra la morosidad y la legislación cambiaria y sostiene que el legislador no pretende excluir de la LMOC toda operación comercial que se instrumente a través de un título valor sino aquella en la que, además, el título ha sido objeto de circulación y pertenece a un tercero que es quien va a hacer valer esos derechos frente al deudor. De ese modo, cuando las letras y los pagarés hayan circulado y no exista relación causal alguna entre el deudor y el acreedor cambiarios, no será de aplicación la LMOC sino la LCCH y, sin embargo, cuando el título no haya sido objeto de endoso y reclame su cuantía el acreedor que lo sea también en la relación causal, la LMOC será plenamente aplicable.

En favor de esta interpretación podemos citar la SAP Murcia sección 4ª, núm.398/2008, de 9 de octubre de 2008 (Jur/2009/107058) en la que se considera aplicable la LMOC a los intereses de demora en el caso de la reclamación de unos pagarés que se había hecho mediante el ejercicio de una acción causal ex art. 1170.2 C.Cv. En el FJ 2 se argumenta que la excepción del artículo 3.2 b sólo es aplicable cuando se ejercite una acción cambiaria (en

¹³⁸ FUENTES GÓMEZ, J.C., "Logros y cuestiones...", cit. p. 12 y ALFARO ÁGUILA-REAL, J., "La nueva..."cit. p. 17, aunque este autor plantea la posibilidad de aplicación tanto de esta segunda solución como de la tercera a la que a continuación se aludirá. Para VICIANO PASTOR, J., "La reciente regulación de la morosidad en España: una historia legislativa desafortunada", en AA.VV. *Estudios de Derecho del mercado financiero. Homenaje al profesor Vicente Cuñat Edo*, Valencia, 2010, p.601 si bien desde un punto de vista literal es posible mantener esta interpretación, es irracional. En la misma línea GÓMEZ LIGÜERRE, C., "El nuevo régimen legal..." cit. p. 15 quien la califica de inadmisibles

¹³⁹ Los artículos 58.2 (para la letra y el pagaré) y 149.2 (para el cheque) LCCH fijan como interés de demora en caso de ejercicio de acciones cambiarias el interés legal del dinero incrementado en dos puntos.

¹⁴⁰ MIRANDA SERRANO. L.M., *Aplazamientos de pago...* cit. p. 180 y "La morosidad...", cit. p. 134 y ALFARO ÁGUILA-REAL, J., "La nueva..."cit. p. 17. Según VICIANO PASTOR, J., "La morosidad en las..." cit. p. 318 esta "sugerente" propuesta doctrinal es perfectamente asumible *de lege ferenda* y desde una perspectiva teórica, pero plantea importantes dudas prácticas de difícil solución por lo que, en su opinión, solo debería seguirse tras la consiguiente sentencia prejudicial del TJUE que aclarara la duda de interpretación existente.

vía directa o de regreso), pero no “cuando la acción planteada sea la ordinaria derivada del correspondiente negocio causal”. Según esta sentencia en general todo lo dispuesto en la Ley cambiaria y del cheque, dada su naturaleza de ley especial, resulta únicamente aplicable cuando la acción que se ejercite lo sea al amparo de tal legislación. No comparte, sin embargo, este criterio la SAP de Cáceres de 3 de julio de 2007 (JUR/2008/753)¹⁴¹ que excluye la aplicación de la LMOC en un caso de reclamación en vía ordinaria por la falta de pago de dos pagarés.

Por tanto, una vez más nos encontramos ante una cuestión que exige una reforma legal para aclarar las dudas interpretativas. Es necesario que al abordar la transposición de la Directiva 2011/7/UE (que mantiene el mismo criterio que la Directiva 2000/35/CE de no prever entre los supuestos de exclusión de su ámbito de aplicación este caso) se modifique el artículo 3.2 b de la LMOC en lo concerniente a la exclusión de los intereses relacionados con la legislación en materia de cheques, pagarés y letras de cambio.

Para terminar este epígrafe relativo a las exclusiones en el ámbito de aplicación de la LMOC, recordemos que en la tramitación parlamentaria de esta Ley desapareció la exclusión de las “operaciones financieras”. El proyecto de Ley¹⁴² excluía (tras declarar no aplicable la LMOC a los intereses relacionados con otros pagos como los efectuados en virtud de la legislación en materia de cheques, pagarés y letras de cambio y los pagos de indemnizaciones, incluidos los pagos por entidades aseguradoras ex. art. 3.2 b) a las

¹⁴¹ En este asunto, también se trataba de la reclamación de la cantidad e intereses de unos pagarés no cobrados. La sentencia de instancia había aplicado la LCCH (art. 58) y el apelante alegaba la aplicación de la LMOC, que la sentencia rechazó. En su FJ 2 se lee “de ser así, todas las reclamaciones basadas en la falta de pago de letras de cambio, cheques o pagarés entre empresas siempre y en todos los casos estarían sometidas, en cuanto al devengo de intereses a la Ley 3/2004 porque en el contexto de las relaciones entre empresas es difícil, por no decir imposible, imaginar el libramiento de este tipo de efectos como títulos abstractos o sin causa, habida cuenta de que, en la práctica generalidad de los casos, la utilización de letras de cambio, cheques o pagarés responde a una causa de naturaleza económica, esto es, a la existencia de relaciones comerciales del tipo que fuere...”

¹⁴² BOCG, Congreso, Serie A-Proyectos de ley, 24 de junio de 2004

operaciones financieras, sin definir las, pero, como hemos indicado, una enmienda presentada en el Senado por CIU¹⁴³ consiguió la eliminación de esta exclusión genérica de toda operación financiera y por tanto regirán las normas generales de la ley en materia de exclusiones subjetivas a las que nos hemos referido *supra*.

¹⁴³ BOCG, Senado, [Serie II, núm. 2 (c), 23 de noviembre de 2004], p. 27.

CAPÍTULO V

ANÁLISIS DEL CONTENIDO DE LA LEY DE MOROSIDAD (II)

1. Las medidas sustantivas de lucha contra la morosidad

1.1 Introducción

Como declara la Exposición de Motivos de la LMOC (Ley 3/2004), en ella se establecen cuatro medidas sustantivas para luchar contra la morosidad. Estas medidas se refieren al plazo de exigibilidad de los intereses de demora, al devengo automático de los mismos, al señalamiento de un tipo de interés de demora y al otorgamiento al acreedor del derecho a reclamar al deudor una indemnización razonable por los gastos de cobro.

Además de estas cuatro medidas que constituyen el eje de la norma y que están ya contenidas en la Directiva, la Ley, al trasponer el artículo 4 de la norma comunitaria que obliga a los Estados miembros a respetar el pacto de reserva de dominio celebrado entre las partes (normalmente comprador y vendedor) en su artículo 10 regula la cláusula de reserva de domino así como la posibilidad de subrogarse en la misma por un tercero. De esta cuestión nos ocupamos también en este capítulo, concretamente en el epígrafe 1.7.

No obstante, antes de entrar en el análisis detallado de cada una de estas medidas sustantivas, tenemos que hacer referencia al posible carácter imperativo de algunas de ellas.

La reforma de la LMOC operada en 2010 ha supuesto un incremento de las limitaciones en la aplicación del principio de la autonomía de la voluntad¹ en las operaciones comerciales, ya que,

¹ Por esta razón algunos autores ya se opusieron abiertamente a la regulación de la LMOC, destacando especialmente ARRUÑADA, B., "La Ley contra la morosidad comercial", *Indret*,

por ejemplo, las partes no son libres a la hora de establecer los plazos de pago; al respecto es de aplicación el artículo 4.1 (que establece un límite de 60 días que no puede ser ampliado por acuerdo entre las partes). Sin embargo, en otras materias como en el tipo de interés de demora pervive el espíritu original de la norma y rige la libertad contractual, con el límite del abuso del derecho (artículo 7 C.Cv. y las previsiones de *ius cogens* de la LCGC).

Ninguno de los preceptos de la LMOC declara expresamente que la misma tenga carácter imperativo; no obstante, teniendo en cuenta lo que se acaba de señalar y sobre todo a la luz del artículo 9 que declara la nulidad de las cláusulas pactadas al amparo del principio de la libertad de pacto (previamente reconocido en los artículos 4 y 7 referentes a los plazos de pago e intereses de demora) cuando éstas resulten abusivas de acuerdo a lo establecido en ese precepto, debemos cuestionarnos si efectivamente ese carácter imperativo existe.

Algunos autores que se han ocupado de esta cuestión consideran que estas normas contienen un derecho al que denominan "seminecesario"². Con esta expresión se están refiriendo a la tesis (de origen germánico³) de la plena eficacia de las normas de Derecho

Working Paper nº 237, Barcelona, julio de 2004, pp. 2 a 14; www.indret.com y ALFARO ÁGUILA-REAL, J., "La nueva regulación del crédito comercial: Una lectura crítica de la Directiva y de la Ley contra la morosidad" *Indret*, Working Paper nº 296; Barcelona, julio de 2005; www.indret.com.

² Así AGUILLAUME GANDASEGUI, en su opinión, esta tesis permite que se declaren abusivas las cláusulas que contradigan normas de derecho dispositivo pero añadiendo que, para que esto suceda, no basta con la mera contradicción de la cláusula con la ley, sino que es necesario que la estipulación sea abusiva de acuerdo con los parámetros que la propia ley señala para determinar este aspecto (AGUILLAUME GANDASEGUI, G., "El ámbito de aplicación subjetivo y objetivo...", cit. p. 3). En la misma línea ALBIEZ DOHRMAN que aunque insiste en la naturaleza dispositiva de las normas reconoce que la LMOC articula un modelo específico para la fecha de pago y el interés de demora del que debe partir el juez para determinar si una cláusula tiene, en su caso, un contenido abusivo. Como un efecto más allá de la declaración de abusividad de las cláusulas, "las resoluciones judiciales afirmativas pueden convertir la normativa en un derecho seminecesario" (ALBIEZ DOHRMAN, K.J., "El control de contenido de las cláusulas de morosidad..." cit. p. 228)

³ Defendida en Alemania por Nipperdey para quien frente a la idea de que en el Derecho privado las normas imperativas son minoría respecto a las dispositivas y de que éstas pueden ser derogadas por la voluntad de los particulares para los negocios concretos que celebren, como remedio a los abusos de los empresarios en la contratación en masa algunas cláusulas contenidas habitualmente en condiciones generales serían nulas si fuesen contrarias a determinadas normas de Derecho dispositivo que gozan de cierta imperatividad.

dispositivo como instrumento de lucha frente a las condiciones generales abusivas⁴. De acuerdo con esta doctrina, las normas dispositivas establecen, en muchos casos, la normal regulación del contrato, regulación que no puede ser derogada o sustituida por ambas partes contratantes sin justificación razonable. Con esta tesis se redescubre y reafirma la imperatividad normativa del derecho contractual dispositivo y se propaga la idea como medio idóneo para recomponer los desequilibrios contractuales injustificados debidos a la prepotencia de una de las partes contratantes y, en definitiva, como arma eficaz para luchar contra las cláusulas abusivas de los contratos impuestas por la parte prepotente a la parte débil. Así, la *tesis de la parcial inderogabilidad de las normas de Derecho dispositivo*, se formula como remedio frente a los abusos de los empresarios en la contratación en masa. Se trata de acudir a la aplicación del Derecho dispositivo para obtener la tutela del contratante más débil; una tutela que tiene su base y justificación en la fuerza jurídica que dimana de las normas de Derecho dispositivo en virtud del grado de justicia y protección que éstas contienen⁵. Esta tesis de la *parcial inderogabilidad de las normas de Derecho dispositivo*, seguida en España por buena parte de la doctrina⁶, nos permite entender la

ENNECERUS-NIPPERDEY, *Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts, I-II*, Tübingen, 1960, p. 1011

⁴ Introducida en España por Federico de Castro para quien las normas dispositivas que regulan los contratos "no son dadas para auxilio de descuidados o desmemoriados, supletorias o adivinatorias de sus voluntades, sino que manifiestan la regulación normal y que, por tanto, tienen un cierto carácter imperativo; son preceptos en los que el legislador ha ponderado cuidadosamente la situación normal de los intereses de las partes y tienen una función ordenadora por lo que no pueden ser desplazados sin una razón suficiente", DE CASTRO Y BRAVO, F., *Las condiciones generales de los contratos y la eficacia de las Leyes*, Madrid, 1975, p. 80, idem "Notas sobre las limitaciones intrínsecas de la autonomía de la voluntad. La defensa de la competencia. El orden público. La protección del consumidor", *ADC*, oct-dic 1982, pp. 987 a 1085. Comenta la obra de este autor AMORÓS GUARDIOLA, M., "Las limitaciones de la autonomía de la voluntad según el pensamiento de Federico de Castro", *ADC* vol. 36, nº 4, 1983, pp. 1129-1148

⁵ vid. ULMER-BRANDNER-HENSEN, *AGB Kommentar*, Köln, 1977 p. 172. para quienes la fuerza jurídica de las normas de Derecho dispositivo no siempre es la misma, ya que depende, en cada caso, del diferente grado de justicia y protección que contengan

⁶ FONT GALÁN, J.I., *Constitución económica y Derecho de la competencia*, Tecnos, Madrid, 1987, p. 40, SÁNCHEZ ANDRÉS, A., "El control de las condiciones generales en el Derecho comparado: panorama legislativo", *RDM*, 1980, 157-158, p. 391; CLAVERÍA GOSÁLBEZ, L.H., "La predisposición del contenido contractual", *RDP*, julio-agosto, 1979, p. 682. MIRANDA SERRANO, L. M. *Aplazamientos de pago y morosidad...* cit. p. 224 y 225. En desacuerdo, sin

regulación establecida por la LMOC, regulación que constituye un nuevo caso, cada vez más habitual en nuestra época, de normas privadas que introducen disposiciones de carácter imperativo con el objeto de proteger al contratante débil o de evitar abusos en la contratación.

Como acabamos de indicar, este carácter semi-imperativo de las normas de Derecho dispositivo se ha puesto de manifiesto fundamentalmente en la LMOC en su artículo 9, dedicado a las cláusulas abusivas. A continuación, vamos a dedicar un primer epígrafe al estudio de este precepto antes de abordar una a una las medidas sustantivas de lucha contra la morosidad.

1.2 Las cláusulas abusivas

Por lo que respecta a la prohibición de inclusión de cláusulas abusivas, en el artículo 9.1 LMOC aparecen los supuestos en los que la ley considera que las partes, al amparo del principio de autonomía de la voluntad, podrían pactar cláusulas que serían nulas (y por lo tanto se tendrán por no puestas) por adolecer del carácter de abusivas de acuerdo a los criterios que el propio artículo 9 indica. Varias y muy interesantes cuestiones plantea este precepto al tratar sobre las cláusulas abusivas: en primer lugar cuáles son las razones por las que se lleva a cabo el reconocimiento del control de abusividad, en segundo lugar qué cláusulas pueden considerarse abusivas y las consecuencias que se derivan de ese carácter abusivo (su nulidad o anulabilidad), en tercer lugar, los criterios para la determinación del carácter abusivo de la cláusula y, finalmente, las

embargo, GARCÍA AMIGO, M., *Condiciones generales de los contratos*, EDERSA, Madrid, 1969, p. 245 y ss. para quien la inderogabilidad del Derecho dispositivo atentaría contra la autonomía privada, destruyendo la libertad contractual impuesta y querida por el legislador en el artículo 1255 del Código Civil, aunque como dice CLAVERÍA (op. cit. p. 681) este argumento es susceptible de réplica justamente en la medida en que la norma dispositiva siga siendo dispositiva.

consecuencias de la declaración de nulidad. De todas ellas nos ocupamos a continuación.

1.2.1 Razones del establecimiento del control de abusividad en la LMOC

Cuando el artículo 9.1 LMOC considera nulas aquellas cláusulas contractuales que tengan un contenido abusivo en perjuicio del acreedor (se trata, como en este epígrafe iremos desarrollando, de un “control de contenido”, haciendo un paralelismo con la LCGC⁷) está incorporando al Derecho español el contenido del mandato que la Directiva comunitaria recoge en su artículo 3, párrafos 3 y 4, sobre la necesidad de control de abusividad (en la Directiva 2011/7/UE, es el artículo 7 que lleva por título “Cláusulas contractuales y prácticas abusivas” el que se ocupa de esta cuestión).

En la Directiva no se especifica la manera en que este control de contenido deberá ejercerse. Dos son las posibles vías para hacerlo: la contractual o negocial, a través del Derecho de obligaciones y contratos y la concurrencial, a través del Derecho de la competencia.

⁷ Sobre el control de contenido de las condiciones generales véase, por todos, ALFARO ÁGUILAR-REAL, *Las condiciones generales de la contratación*, Madrid, Civitas, 1991, pp. 81 y ss.; RODRIGUEZ ARTIGAS, F., “El ámbito de aplicación de las normas sobre condiciones generales de la contratación y cláusulas contractuales no negociadas individualmente (a propósito de un Anteproyecto y Proyecto de Ley)”, *DN*, 86, 1997, pp. 1 a 16; SÁNCHEZ ANDRÉS, A., “El control de las condiciones generales...” cit. pp. 385 a 436. POLO SÁNCHEZ, E., *Protección del contratante débil y condiciones generales de los contratos*, Civitas, Madrid, 1990 y PAGADOR LÓPEZ, J., *Condiciones generales y cláusulas contractuales predispuestas. Ley de condiciones generales de la contratación*, Marcial Pons, Madrid, Barcelona, 1999. También, MIQUEL GONZÁLEZ, J.M. “La nulidad de las condiciones generales”, *Nul: estudios sobre invalidez e ineficacia*, nº 1, 2006, <http://www.codigo-civil.info/nulidad/lodel/document.php?id=343>, idem, “Algunos aspectos del control de contenido de las condiciones generales en la ley española”, *Revista española de seguros*, 117, 2004, pp. 7-46, idem, “La nulidad de las condiciones generales”, *Las nulidades de los contratos: un sistema en evolución*, en AA.VV. (coord. Delgado Echeverría), Aranzadi, Navarra, 2007, pp. 193 a 223; BLANCO GÓMEZ, J.J., “Algunas reflexiones sobre los artículos 8.1 y 9.1 de la Ley de condiciones generales de la contratación: la ausencia de control de contenido específico de las condiciones generales entre profesionales y empresarios y la clase de nulidad de las condiciones contempladas en dichas normas”, en AA.VV., *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Luis Díez-Picazo*, (coord. Cabanillas Sánchez), vol. 2, 2002, pp. 1471-1490; BLANCO PÉREZ-RUBIO, L., “El control de contenido en condiciones generales y en cláusulas contractuales predispuestas”, *Revista jurídica del notariado*, nº 35, 2000, pp. 9 a 36.

Debemos indicar⁸ que no se trata de vías excluyentes ni incompatibles. En España se ha optado, como en la mayoría de los países de la Unión Europea (asi por ejemplo en Italia, Portugal, Reino Unido, Irlanda, Bélgica, Lituania, Polonia, Luxemburgo o Malta) por la primera de ellas, es decir por el control de las cláusulas abusivas a través del Derecho de obligaciones y contratos. En Francia, sin embargo, se eligió la opción del Derecho de la competencia⁹, mientras que en Alemania no se introdujeron modificaciones en la situación preexistente¹⁰

En todo caso, la intención de la Directiva es clara y ya se había puesto de manifiesto en los antecedentes de su elaboración. Así, fue la Posición Común nº 36/1999 con vistas a la adopción de la Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales¹¹ la que introdujo este criterio, basándose en la necesidad de evitar las situaciones de desequilibrio de poder entre las partes, criterio que ha sido ratificado posteriormente en los demás documentos antecedentes de la Directiva de morosidad¹².

Queda claro que la Directiva comunitaria sobre morosidad exigía a los Estados destinatarios regular la prohibición de pactar cláusulas abusivas, ya que uno de los objetivos de la Directiva era prohibir las

⁸ Con MIRANDA SERRANO, L.M., *Aplazamientos de pago...*cit. p. 360 y ss. y PERALES VISCASILLAS, M.P., *La morosidad en las operaciones...* cit. p. 261 y ss.

⁹ Que optó por realizar ese control de contenido por medio de normas de Derecho de la competencia, especialmente a través de la *Loi n° 2001-420, du 15 mai 2001 relative aux nouvelles régulations économiques* que modificó varias preceptos del Código de Comercio.

¹⁰ Ya que el control de contenido de los contratos celebrados entre empresarios se lleva a cabo en el parágrafo 307 del BGB mediante la aplicación del principio general de la buena fe.

¹¹ DO C 284, 6-10-1999, p. 6. En ella se lee, entre otras cosas, que "(..) Las cláusulas contractuales que sean manifiestamente injustas para el acreedor no podrán aplicarse o darán lugar a la indemnización, a menos que el juez nacional determine distintas condiciones que sean justas (sic)... Hay casos en que una de las partes es tan fuerte que la otra es de facto incapaz de negociar un contrato equilibrado..."

¹² Así por ejemplo en la Resolución legislativa del Parlamento europeo sobre la posición común del Consejo con vistas a la adopción de la Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales (C5-0125/1999) y en el Dictamen de la Comisión sobre las enmiendas del Parlamento europeo a la posición común del Consejo por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las transacciones comerciales por el que se modifica la propuesta de la Comisión [COM (2000) 133 final]. Nos remitimos al capítulo II en relación con estas cuestiones

cláusulas abusivas en relación con la morosidad. Por ello, la legislación comunitaria establece un control de contenido de las cláusulas pactadas individualmente o las contenidas en condiciones generales de la contratación, que se justifica en el desequilibrio entre los contratantes¹³. La base del mismo es el concepto de cláusula abusiva, que se había establecido en la Directiva 93/13 sobre cláusulas abusivas en contratos celebrados con consumidores¹⁴.

A la hora de incorporar la Directiva, el legislador español ha introducido una importante novedad en nuestro ordenamiento jurídico, siguiendo claramente las directrices comunitarias, consistente en extender el control del contenido de las cláusulas abusivas al ámbito de las relaciones entre empresarios o profesionales, y ello tanto respecto a las cláusulas pactadas individualmente (pactadas entre las partes dice el artículo 9.1) como a las contenidas en condiciones generales de la contratación (como declara el párrafo 3 del artículo 9). Hasta la publicación de la LMOC, la normativa represora de las cláusulas abusivas contenida en la LCGC se aplicaba sólo a las relaciones empresario-consumidor¹⁵ excluyendo de su ámbito de aplicación subjetivo a los empresarios y

¹³ Plasmado claramente en el Considerando 19 de la Directiva: "La presente Directiva debe prohibir el abuso de la libertad de contratar en perjuicio del acreedor..." Así lo resalta ALBIEZ DOHRMAN al indicar que el paso dado por el legislador español de avanzar en la protección de los empresarios cuando son acreedores en operaciones comerciales frente a determinadas cláusulas tiene su base en una clara opción política de las instituciones comunitarias de querer prohibir el abuso de la libertad de contratar en perjuicio del acreedor (ALBIEZ DOHRMAN, K.J., "El control de contenido de las cláusulas de morosidad... cit. p. 213) Este mismo autor se refiere a las razones que justifican el control de las cláusulas abusivas en las relaciones entre empresarios en la página 255 y ss. de su obra *La protección jurídica de los empresarios en la contratación con condiciones generales. Una perspectiva española y europea*, Thomson Civitas, 2009

¹⁴ PERALES VISCASILLAS, P. , *La morosidad...* cit. p. 264

¹⁵ De acuerdo a lo establecido en la Directiva 93/13/CEE, del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, objeto de transposición al ordenamiento jurídico español por medio de la Ley 7/1998, de 13 de abril sobre condiciones generales de la contratación. En el preámbulo de la Exposición de Motivos de la LCGC, los párrafos 7, 8 y 9 se declara que el concepto de cláusula contractual abusiva tiene su ámbito propio en la relación con los consumidores; lo cual no significa que en las condiciones generales entre profesionales no pueda existir abuso de una posición dominante, pero tal concepto se sujetará a las normas generales de la nulidad contractual. Por lo tanto sólo cuando exista un consumidor frente a un profesional es cuando operan plenamente la lista de cláusulas abusivas recogidas en la ley...

a los profesionales, lo que daba lugar a una situación de indefensión de los pequeños y medianos empresarios a los que se imponían condiciones generales por parte de las grandes empresas¹⁶, condiciones generales que en algunos casos eran abusivas. Y ello a pesar de que la mayoría de la doctrina mercantilista española¹⁷ criticaba que los artículos 8 y 9 de la LCGC hubieran excluido del control de contenido específico de las condiciones generales de los contratos a aquellas relaciones en las que intervinieran empresarios (de modo que el control de contenido era el general del artículo 6.3 CCv. dada la remisión que se hacía a las normas generales sobre nulidad contractual), y a pesar también de que algunos organismos¹⁸ venían reclamando su extensión a las relaciones entre empresarios.

¹⁶ Denunciaron estas situaciones entre otros, RODRIGUEZ ARTIGAS, F., "El ámbito de aplicación...", cit. pp. 88 y ss, RODRIGUEZ PIÑERO Y BRAVO FERRER, M., "La lucha legal contra ...cit. p. 4366, BLANCO GÓMEZ, J.J., "Algunas reflexiones... "cit.p. 1475

¹⁷ Así ALFARO ÁGUILA-REAL, considera que tiene sentido controlar el contenido de las cláusulas predispuestas e impuestas no sólo cuando el adherente es un consumidor sino también cuando es un empresario, si bien declara que la opción de no controlar las condiciones generales utilizadas frente a un empresario que toma la LGCC es una opción discutible pero respetable (ALFARO ÁGUILA-REAL, J., "El proyecto de ley sobre condiciones generales de la contratación: técnica legislativa, burocracia e intereses corporativos en el Derecho privado", *RDBB*, nº 67, jul-sept., 1997, p. 869) Sobre esta cuestión también del mismo autor, *Las condiciones generales...* p. 180 y ss.. Especialmente crítico MIQUEL GONZÁLEZ, J.M. "La nulidad de las condiciones generales..." *passim*, que llega a referirse a la "inutilidad" de la ley en este sentido. También RODRIGUEZ PIÑERO Y BRAVO FERRER, M., "La lucha legal..." cit. p. 4366 BLANCO GÓMEZ, J.J., "Algunas reflexiones... " cit. p. 1473 para quien lo lógico hubiera sido que la LCGC hubiese establecido los controles específicos de contenido de las cláusulas generales predispuestas para todo tipo de contratos, fuera cual fuese el perfil subjetivo de los contratantes, es decir, con independencia de si en ellos se da la condición de profesionales/empresario o la de consumidor. Para PASQUAU LIAÑO la defensa de esta opción (de excluir a los empresarios) en la tramitación parlamentaria de la LCGC se basó en razones de cautela legislativa, pero fue una ocasión perdida que obligó a crear dos regulaciones paralelas (una para los consumidores en la LGDCU y otra para los adherentes en general) y que iba a suponer un factor de retraso en la evolución del Derecho español de la contratación (PASQUAU LIAÑO, M., "Comentarios a los artículos 9 y 10 ", en *AA.VV., Comentarios a la Ley de Condiciones Generales de la Contratación* (coord. Bercovitz) Madrid, 1999, p. 275)

¹⁸ Como indica FUENTES GÓMEZ, con motivo de la propuesta de Directiva del Consejo sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, el Comité Económico y Social, en su Dictamen de 2 de octubre de 1990 sobre dicha propuesta, instaba a la Comisión a considerar en un futuro muy próximo la posibilidad de prohibir las cláusulas abusivas en todos los contratos, independientemente de que se celebren con consumidores o no, teniendo particularmente en cuenta la problemática de las PYMES. El Consejo de Estado se manifestó a favor de esta tesis en su Dictamen de 24 de julio de 1997. Como anteriormente hemos indicado y puede constatar en la redacción final de la LCGC, dichas propuestas no fueron tenidas en cuenta y la legislación española represora de las cláusulas abusivas, hasta la publicación de la LMOC, limitaba su ámbito de aplicación a las relaciones entre empresarios y consumidores (FUENTES GÓMEZ, J.C, "Logros y cuestiones pendientes..." cit. p. 19)

Consideramos conveniente recordar aquí que el ámbito de aplicación de la LCGC son las condiciones generales de la contratación (es decir, y conforme a su artículo 1 “las cláusulas predispuestas cuya incorporación al contrato sea impuesta por una de las partes, con independencia de la autoría material de las mismas, de su apariencia externa, de su extensión y de cualesquiera otras circunstancias, habiendo sido redactadas con la finalidad de ser incorporadas a una pluralidad de contratos”) y que, como la propia ley declara en su artículo 2 se aplican a los contratos celebrados entre un profesional (predisponente) y cualquier persona física o jurídica (adherente) pudiendo éste tener también la condición de profesional. Sin embargo, cuando la LCGC establece el control específico de contenido de las cláusulas abusivas, excluye del mismo a las utilizadas entre empresarios en su artículo 8 al circunscribir su apartado 2 ese control a las cláusulas abusivas en contratos con consumidores entendiendo por abusivas aquellas cláusulas definidas como tales por la legislación de consumo¹⁹ (estipulaciones no negociadas individualmente y prácticas no consentidas expresamente que, en contra de las exigencias de la buena fe causen, en perjuicio del consumidor y usuario, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato). Hemos calificado de importante novedad la modificación de la LCGC por la LMOC en este punto porque en la actualidad, por imperativo de la Directiva 2000/35 y en nuestra opinión acertadamente, se extiende el control de contenido específico de las cláusulas abusivas a las relaciones entre empresarios a través de su artículo 9 ya que este precepto ha permitido que ciertas cláusulas, que en el próximo epígrafe vamos a desarrollar, puedan ser calificadas como abusivas.

¹⁹ Definición contenida en el artículo 10 bis de la LGDCU en el momento de la aprobación de la LCGC y actualmente en el artículo 82 del TRLGDCU

1.2.2 Cláusulas que pueden considerarse abusivas y consecuencias de esta calificación: nulidad o anulabilidad

El artículo 9 LMOC establece el ámbito objetivo de este control de abusividad: son las cláusulas referidas a la fecha de pago y a los intereses de demora²⁰ y las que resulten contrarias a los requisitos para exigir los intereses de demora previstos en el artículo 6.

Respecto al ámbito subjetivo, el artículo 9 toma en consideración sólo el perjuicio para el acreedor y no para el deudor. Ello es lógico porque las medidas que prevén la Directiva sobre morosidad y la legislación española²¹ se dirigen a impedir que los plazos de pago excesivamente dilatados proporcionen al deudor una liquidez adicional a expensas del acreedor así como a disuadir al deudor de que se retrase en el pago.

Por último, la nulidad o anulabilidad se predica de las cláusulas negociadas individualmente y de las no negociadas por el empresario sino predispuestas en masa (CGC).

A continuación, analizaremos los tipos de cláusulas que pueden considerarse abusivas: sobre la fecha de pago, sobre los tipos de interés y sobre los requisitos para exigir el pago

a) Cláusulas sobre la fecha de pago

Cláusulas que determinan la fecha de pago que difieran del plazo fijado en el apartado 1 del artículo 4 (plazo de 60 días) conforme al art. 9 LMOC.

²⁰ Señala PEREZ DE LA CRUZ que la buena fe que inspira la regulación justifica la más que mediocre redacción de este precepto. Su objetivo se centra en evitar que los distribuidores “subyuguen o avasallen” a sus proveedores más débiles, obligándoles a financiar el capital circulante, si es que no a asumir el papel de banqueros forzosos y gratuitos, al abonárseles el precio de los productos suministrados o servicios prestados tiempo después de que su receptor los haya cobrado y recolocado en el mercado. (PEREZ DE LA CRUZ, A., “La mora en las operaciones interempresariales (Consideraciones sobre la Ley 3/2004, de 29 de diciembre)”, *I Congreso Nacional de Derecho mercantil: veinte años de España en la Unión Europea, balance y perspectivas* (coord. Ignacio Arroyo Martínez), 2007, p. 485)

²¹ Como reconoce la Exposición de Motivos de la Ley 3/2004

El precepto utiliza el vocablo “diferir”²², de modo que en una primera aproximación podrían ser abusivos los pactos en que se prevean plazos superiores a esos 60 días. Debemos interpretar el artículo 9.1 en relación con el artículo 4.1 a) LMOC que, desde su modificación por la Ley 15/2010, prohíbe ampliar el plazo de 60 días fijado en el mismo “por acuerdo entre las partes”, de modo que no podrán existir plazos superiores a esos 60 días establecidos por medio de cláusulas tanto pactadas individualmente como por medio de condiciones generales. La interpretación coordinada de estos dos preceptos (el artículo 9 y el 4) quedaba clara conforme a la redacción que a este último daba la ley 3/2004, en la que se preveía un plazo legal de 30 días que operaba en defecto del que hubieran pactado las partes, pudiendo ser éste abusivo si se daban las condiciones a que se refería el artículo 9. Sin embargo, la cuestión se complica con la reforma del artículo 4 llevada a cabo por la ley 15/2010. A partir de su entrada en vigor, se limita la libertad de pacto en cuanto al plazo de pago imponiéndose con carácter imperativo un plazo máximo de 60 días desde la fecha de recepción de las mercancías o de la prestación de los servicios. No hay duda de que el legislador español ha querido establecer una mayor protección al acreedor dada la gravedad de la situación de la morosidad (y ante el fracaso de la Ley 3/2004 en lo que se refiere a este punto) y lo ha hecho mediante el establecimiento de un plazo de forma imperativa, lo cual supone una limitación a la libertad de pacto entre las partes. Con ello se pretende evitar los abusos en la fijación de plazos, sobre todo por parte de las grandes cadenas de distribución que imponen de manera abusiva a sus proveedores plazos de pago que éstos no se “atreven” a rechazar por temor a perder los contratos, pero ello supone también limitar la

²² Diferir significa, según el DRAE, aplazar la ejecución de un acto.

posibilidad de llegar a acuerdos en los que la negociación hubiera podido ser equilibrada para ambas partes²³

Conforme a la redacción dada por la ley 15/2010 al artículo 4.1, las empresas pueden pactar plazos de pago inferiores²⁴, pero no superiores a esos 60 días. Por lo tanto, ya no se podrá apreciar el carácter abusivo de un pacto que establezca un plazo mayor de pago ya que sería nulo por vulnerar una norma imperativa. Nos resulta difícil entonces comprender porque se ha mantenido en su redacción originaria el artículo 9.1 LMOC, que sigue declarando la posibilidad de considerar abusivas las cláusulas pactadas entre las partes sobre la fecha de pago que difieran en cuanto al plazo de pago, ya que ahora no pueden diferir (en el sentido de aplazar el pago) al haberse suprimido esta posibilidad como ya hemos indicado anteriormente. Por ello, creemos que la forma correcta de interpretar ahora los artículos 9.1 y 4.1 de la LMOC es entender que serán los plazos inferiores al plazo legal fijado (antes 30 días y ahora 60) los que estarán desde la Ley 15/2010 sujetos a ese control de abusividad²⁵, a diferencia de lo que sucedía en la redacción originaria de la LMOC en

²³ Se refiere a esta cuestión ÁLVAREZ OLAYA, para quien “una cosa es limitar la libertad de contratación, mediante el control de abusividad, en la medida en que tal libertad no ha sido ejercida de un modo efectivo por una de las partes debido a la supremacía del poder negociador del otro contratante, y otra muy distinta declarar nulo un pacto que fije un plazo de pago mayor al establecido legalmente, sin tener en cuenta que el mismo ha podido ser acordado no desde la imposición sino en virtud de una negociación, obteniendo ambas partes beneficio mutuo”. Recuerda esta autora que tal vez por esa razón el grupo socialista introdujo en el Senado la enmienda número 33 al artículo 4 para posibilitar el pacto en contrario respecto al plazo legal de pago para las empresas que no fueran PYMES o autónomos, pero fue rechazada (ÁLVAREZ OLAYA, P., “El nuevo plazo de cumplimiento de las operaciones comerciales entre empresas ¿Una infracción de las exigencias de la Directiva? Comentario a la Ley 15/2010, de 5 de julio, de modificación de la Ley 3/2004, de 29 de diciembre, por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales”, *Revista Aranzadi Civil Doctrinal*, nº 6, 2010, p. 29)

²⁴ El grupo parlamentario de Izquierda Republicana-Izquierda Unida-Iniciativa per Catalunya Verds presentó la Enmienda núm. 45 en el Congreso sugiriendo que la redacción del precepto comenzara diciendo “El plazo de pago máximo que debe cumplir el deudor será el siguiente...” explicitando así que el plazo de 60 días se consideraba como plazo de pago máximo entendiendo que sólo se podrán pactar entre las partes, en su caso, plazos de pago inferiores. La enmienda no prosperó y en el texto final la palabra “máximo” no aparece.

²⁵ Como indica ALFARO ÁGUILA-REAL, J., “EU late payments: probablemente el primer caso de infracción de Derechos fundamentales por la legislación europea” en http://derechomercantilesparana.blogspot.com.es/2010_04_01_archive.html, la única forma de coherencia de las dos normas (los artículos 9.1 y 4.1) es la de entender que el primero de los dos preceptos permite evaluar las cláusulas que prevean plazos de pago entre 0 y 60 días.

la que el control alcanzaba a las cláusulas que establecieran plazos de pago superiores, pero nunca inferiores²⁶. No obstante, algún autor hace una interpretación diferente ya que considera que el plazo de 60 días del art. 4.1 es un plazo general de pago del que las partes pueden apartarse en la medida en que el plazo acordado (aunque fuera mayor) tuviera una causa objetiva y no pudiera considerarse abusivo²⁷

b) Cláusulas sobre los tipos de interés

En segundo lugar, podrán ser abusivas, y por tanto nulas o anulables aquellas cláusulas que establezcan tipos de intereses de demora inferiores a los previstos en el artículo 7 de la LMOC (es decir, inferiores al tipo de interés aplicado por el Banco Central Europeo a su más reciente operación principal de financiación efectuada antes del primer día del semestre natural de que se trata más siete puntos porcentuales²⁸), dado que, aunque el artículo 9 utiliza la expresión “difieran del plazo legal” hay que entender que se

²⁶ Así se declaraba expresamente en la Exposición de Motivos de la LMOC: “...la libertad de contratar no debe amparar prácticas abusivas imponiendo cláusulas relativas a plazos de pago más amplios...”. Como indican LEMA DEVESA, y TATO PLAZA, solo en casos muy excepcionales pueden considerarse abusivas cláusulas que fijen plazos inferiores, así por ejemplo la que fije un descuento por pronto pago significativamente superior al coste legal del dinero, ya que permitiría al deudor obtener una liquidez adicional a costa del acreedor en contradicción con la finalidad esencial de la LMOC, que pretende evitar la aplicación de plazos de pago excesivamente dilatados en las operaciones comerciales. Por ello no parece razonable admitir la licitud de una cláusula que desincentive claramente la reducción de los plazos legalmente previstos, a través del establecimiento de una compensación económica que exceda significativamente del coste legal del dinero (LEMA DEVESA, C. y TATO PLAZA, A., “La ley de medidas de lucha contra la morosidad ...”cit. p. 12)

²⁷ Mantiene este criterio CARRIÓN REAL. Los argumentos en los que esta autora basa su tesis son el que las Directivas comunitarias reconocen la libertad de pactos, que así lo exige el principio de autonomía de la voluntad y que la *mens legis* tiene que prevalecer frente a la *mens legislatoris*, ya que no era la intención del legislador ir más allá de lo establecido en la normativa comunitaria, ni mucho menos vulnerarla. (CARRIÓN REAL, L., “¿Se pueden pactar en las operaciones comerciales plazos de pago superiores a sesenta días? Por una interpretación sistemática y conforme a la normativa comunitaria de la ley de morosidad”, *La Ley*, nº 7932, 27 de septiembre de 2012, p. 2)

²⁸ El Ministerio de Economía y Hacienda publica semestralmente, en el Boletín Oficial del Estado este tipo de interés. Conforme a la Resolución de 26 de junio de 2012, de la Secretaría General del Tesoro y Política Financiera, por la que se publica el tipo legal de interés de demora aplicable a las operaciones comerciales durante el segundo semestre natural del año 2012 es del 8,00%.

refiere a la fijación de un plazo inferior al legal ya que sólo resultarán abusivos aquellos pactos que perjudiquen al acreedor²⁹.

Por lo tanto, aquellas cláusulas en las que se establezca un tipo de interés de demora superior al legal, en principio, no son perjudiciales para el acreedor y, en consecuencia, no serían abusivas³⁰. Pero ello no puede significar que la determinación de tipos de interés de demora superiores a los legales y manifiestamente perjudiciales para los deudores esté libre de cualquier control ya que esas cláusulas se someterán a los controles generales del ordenamiento jurídico de cada país. A este respecto conviene recordar que el considerando 19 de la Directiva 35/2000 reconoce que la misma no afecta a las disposiciones nacionales que regulan la manera en que se celebran los contratos o a la validez de las condiciones contractuales que no sean equitativas para el deudor.

Por otra parte hay que indicar que, en su redacción originaria, la Proposición de Ley de modificación de la LMOC presentada por Convergencia i Unió preveía la introducción de un nuevo párrafo en el artículo 7.1 sobre el interés de demora³¹ que imponía unos límites mínimos al contenido del posible pacto (el interés legal incrementado en un 50%). Con ello se establecía en el artículo 7 el mismo criterio que la Ley 3/2004 había fijado al modificar el párrafo 5 del artículo 17 de la LOCM³². No obstante, durante la tramitación de la ley se

²⁹ Recuérdese que, conforme a lo que establece la Exposición de motivos de la LMOC una de las finalidades principales de la Directiva 2000/35 y de la LMOC es la de conferir la protección a los acreedores para evitar que a los deudores les siga resultando ventajoso retrasar sistemáticamente sus pagos

³⁰ GÓMEZ LIGÜERRE, C., "El nuevo régimen legal de la morosidad..." cit. p. 21.

³¹ La redacción exacta de este párrafo era: "En ningún caso se podrá pactar un interés de demora inferior al interés legal del dinero incrementado en un 50 por ciento"

³² Con ello se solucionaban los problemas que surgieron a la hora de la interpretación de ambos preceptos y a los que la doctrina daba distintas respuestas. Así, MIRANDA SERRANO, L.M., *Aplazamientos de pago...* cit. p. 391, considera que en ningún caso en las relaciones jurídicas sometidas al régimen especial de los artículos 16 y 17 LOCM el tipo de interés de demora puede ser inferior al del artículo 7 LMOC y habrá que considerar abusivas, según el artículo 9 LMOC las cláusulas que fijen un interés moratorio equivalente al interés legal incrementado en un 50%. No está de acuerdo PERALES VISCASILLAS, M.P. *La morosidad...* cit. p. 290, para quien los acuerdos que establezcan intereses iguales o superiores al tipo de interés legal incrementado en un 50% pero inferiores al tipo establecido en el artículo 7 LMOC, quedan fuera del control de abusividad, pero, los inferiores al límite del artículo 17.5 entran de lleno en el ámbito del artículo 9.1 si bien no son automáticamente considerados

suprimió este párrafo y en consecuencia las divergencias entre el criterio general establecido en la LMOC y el especial de la LOCM continúan.

c) Cláusulas sobre los requisitos para exigir el pago

Cláusulas contrarias a los requisitos que para el devengo de intereses de demora exige el artículo 6 LMOC. Este precepto establece, para que el acreedor pueda exigir los intereses de demora, la concurrencia de los siguientes requisitos: en primer lugar, que haya cumplido sus obligaciones contractuales y legales y además que no haya recibido a tiempo la cantidad debida a menos que el deudor pueda probar que no es responsable del retraso. El estudio detallado de estos dos requisitos se lleva a cabo en el epígrafe 1.4 al cual nos remitimos.

Pues bien, conforme al artículo 9 LMOC, podrán ser declaradas nulas por abusivas aquellas cláusulas que excluyan la concurrencia de uno o de los dos requisitos para la exigencia de intereses de demora previstos en el artículo 6 cuando tengan un contenido abusivo en perjuicio del acreedor.

Así, se considerarán abusivas las cláusulas que, por ejemplo, fijen la necesidad de intimación o interpelación al deudor como requisito para el devengo de los intereses de demora, o las que establezcan la exoneración de responsabilidad del deudor por *culpa in vigilando* (por ejemplo acciones u omisiones de sus empleados al gestionar el pago) o las que impongan al acreedor la carga de probar que el deudor no

nulos, como si sucede en el caso de acuerdos que se rigen por la LOCM, con lo que el control de la abusividad por parte del juez tendrá que calibrar conforme a todas las circunstancias del caso la posible nulidad del acuerdo. Para LEMA DEVESA, y TATO PLAZA, en las operaciones entre comerciantes minoristas y proveedores no podrá fijarse un tipo de interés de demora inferior al interés legal incrementado en un 50% debiendo considerarse nulas de pleno derecho las cláusulas que contravengan esta norma de carácter imperativo. Y aun cuando las partes fijen un interés de demora superior al interés legal incrementado en un 50%, el acreedor deberá acreditar las razones objetivas que justifican aquel interés, si éste resulta ser inferior al tipo de interés de demora previsto en el artículo 7 LMOC. (LEMA DEVESA, C. y TATO PLAZA, A., "La ley de medidas de lucha..." cit. p. 15).

es el responsable del retraso³³. Sin embargo, aquellos acuerdos que agraven la responsabilidad del deudor y le hagan responder en cualquier caso (no sólo por caso fortuito o fuerza mayor), por sí mismos no perjudican al acreedor³⁴ aunque podríamos cuestionarnos si se trataría en estos supuestos de pactos lícitos; pensemos por ejemplo en los pactos leoninos y pensemos también en el principio del justo equilibrio de las prestaciones que debe regir en el ámbito de la contratación privada, bien es verdad que, como de forma reiterada estamos viendo, es precisamente la ausencia de ese efectivo equilibrio (por el dominio que ejercen las grandes empresas sobre las pequeñas y las poderosas cadenas de distribución imponiendo sus en ocasiones abusivas condiciones) una de las razones que han llevado a la elaboración de esta legislación sobre morosidad de cuyo estudio nos estamos ocupando.

d) Consecuencias: nulidad o anulabilidad

Por lo que respecta a las consecuencias de la calificación de abusivas de estas cláusulas a las que nos acabamos de referir, el carácter abusivo de las cláusulas produce como efecto su nulidad, conforme a lo que declara el artículo 9 LMOC. Tendremos, entonces, que determinar cual es el tipo de invalidez a que se refiere la norma ¿estaremos ante un supuesto de nulidad de pleno derecho o de anulabilidad? El artículo 9 no aclara este dilema³⁵, ya que en unos casos (párrafo 1 y 3) utiliza la palabra nulidad y en otros (párrafo 2) se refiere a invalidez. Debemos, pues, intentar averiguar cuál es el

³³ Supuestos citados por MIRANDA SERRANO, L. M. *Aplazamientos de pago y morosidad...* cit. p. 392

³⁴ PERALES VISCASILLAS, M.P., *La morosidad en las operaciones...* cit. p. 283

³⁵ A diferencia de lo que ha hecho por ejemplo el legislador italiano, que declara expresamente la nulidad de la cláusula gravemente inícua en el artículo 7 del Decreto legislativo de 9 de octubre de 2002 (v. ZACCARIA, A., "La Directiva 2000/35/CE sui ritardi..." cit. p. 439) o el Derecho belga, al declarar que se reputarán no escritas (y por tanto nulas de pleno derecho) las cláusulas de contenido abusivo en perjuicio del acreedor (artículo 7 de la Ley belga de 2 de agosto de 2002 de lucha contra el retraso en el pago de las transacciones comerciales)

alcance de esas expresiones. Además, aún cuando se utiliza la expresión nulidad, no se precisa si ésta es nulidad de pleno derecho (y por lo tanto absoluta, opera de forma automática o *ipso iure* y es insubsanable) o anulabilidad (relativa y subsanable). Las consecuencias prácticas de tal diferenciación son importantes ya que afectarán a la legitimación activa así como a la posibilidad de su apreciación por el juez de oficio y al juego de la prescripción.

Ante la indeterminación de la LMOC, podemos afirmar, con la mayor parte de la doctrina que se ha ocupado de estudiar esta cuestión,³⁶ que la nulidad será de pleno derecho ya que éste es el criterio que la legislación sobre condiciones generales de la contratación sigue para declarar la invalidez de las cláusulas abusivas en los contratos con los consumidores. Ello se plasma en el artículo 8 LCGC que declara expresamente la nulidad de pleno derecho de las condiciones generales que contradigan, “en perjuicio del adherente lo dispuesto en esta ley o en cualquier otra norma imperativa o prohibitiva” lo que no deja ninguna duda sobre el alcance de esta nulidad³⁷. Ahora bien, a continuación el artículo 9 LCGC limita al adherente la legitimación activa para instar dicha nulidad, lo cual lleva a cuestionarse, de acuerdo con las reglas generales sobre la nulidad de los contratos, si estamos realmente ante una nulidad de pleno derecho o ante un supuesto de nulidad relativa o anulabilidad. Estos preceptos se han interpretado³⁸ en el sentido de entender que estamos ante una nulidad de pleno derecho de alcance relativo, es decir, que la nulidad tendrá lugar por la contraposición de la cláusula

³⁶ ALBIEZ DOHRMAN, K.J., “El control de contenido de las cláusulas de morosidad... cit. p. 233 y ss., ALFARO ÁGUILA-REAL, J., “La nueva regulación... “. cit., p. 19, MIRANDA SERRANO, L. M. *Aplazamientos de pago y morosidad...* cit. p. 401, SORIANO GARCÍA, *Lucha contra la morosidad...* cit., p. 149.

³⁷ No obstante, como señala BERCOVITZ, este precepto se limita a repetir lo que es evidente conforme a los artículos 1255 y 6.3 del Código Civil: las condiciones generales, al igual que cualquier otra cláusula contractual tienen que respetar las normas imperativas y prohibitivas y si no es así serán nulas de pleno derecho (BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, R., “Comentario al artículo 8”, *Comentarios a la Ley de condiciones generales de la contratación*, coord. R. Bercovitz, Aranzadi, 1999, p. 262)

³⁸ Por parte de la doctrina que se ha ocupado de esta cuestión, así MIQUEL GONZÁLEZ, J.M. “La nulidad de las condiciones generales...” cit. p. 9, BLANCO GÓMEZ, J.J., “Algunas reflexiones...” cit. p. 1481, PASQUAU LIAÑO, M., “Comentarios...” cit. p. 283

abusiva a la ley y no será necesaria una declaración judicial (ya que la acción de nulidad no es constitutiva) pero, en tanto que la legitimación activa para instar dicha nulidad solo corresponde al adherente³⁹, la nulidad es de alcance relativo. Con ello se supera el tradicional binomio entre nulidad absoluta y nulidad relativa⁴⁰ con una especie de *tertium genus* de nulidad (de pleno derecho relativa) que permitiría adaptarse al interés protegido por la norma⁴¹ e interpretar estos preceptos, el 8 y 9 LCGC de forma más correcta. Son normas que persiguen la protección de la parte débil de la relación contractual y el artículo 9 LMOC, considera que esa parte débil necesitada de protección puede serlo también el empresario⁴².

1.2.3 Criterios para la determinación del carácter abusivo de la cláusula

Aunque en un principio el artículo 9, para determinar la condición de abusiva de una cláusula, utiliza un concepto jurídico indeterminado como es el de “que tengan un contenido abusivo en perjuicio del acreedor, consideradas todas las circunstancias del caso”, posteriormente realiza una enumeración de alguna de esas circunstancias y concreta así el alcance de esa expresión.

³⁹ Ya que la finalidad perseguida por el artículo 9.1 LCGC es evitar que el predisponente, instando la declaración de ineficacia de todas o algunas de sus condiciones generales, de modo fraudulento logre producir el indeseable resultado de la ineficacia total del contrato: es decir, más que circunscribir la legitimación activa al adherente lo que la norma pretende es excluir la del predisponente, valiendo, por lo demás, las reglas reguladoras de la nulidad contractual, como indica PAGADOR LÓPEZ, J., *Condiciones generales...* cit. p. 616

⁴⁰ Criticado, entre otros autores, por PASQUAU LIAÑO, M., “Comentarios...” cit. p. 279 y MIQUEL GONZÁLEZ, J.M, “Comentarios al artículo 8”, *Comentarios a la Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación*, coord. Menéndez y Díez Picazo y dir. Alfaro, Madrid, 2002, p. 474

⁴¹ CLAVERÍA GOSÁLBEZ se plantea si, *de iure condendo*, no resultaría más conveniente una nueva modalidad de invalidez como, por ejemplo, una figura mixta entre nulidad y anulabilidad que reúna las ventajas de una y de otra (CLAVERÍA GOSÁLBEZ, L.H., “Comentario al artículo 10.4 LGDCU”, en AA:VV., *Comentarios a la Ley General de Defensa de los Consumidores y Usuarios*, Madrid, 1992, p. 340). Según PAGADOR LÓPEZ, J., *Condiciones generales...* cit. p. 617 no es descabellado pensar que éste sea el objetivo perseguido mediante el artículo 9.1 LCGC.

⁴² El adherente (parte débil necesitada de protección) al que se refiere la LCGC en el artículo 8 sería el acreedor al que hace alusión el artículo 9 LOCM

Entre las circunstancias que determinan la condición de abusiva de una o varias cláusulas se citan: a) la naturaleza del producto o servicio, b) la prestación por parte del deudor de garantías adicionales y c) los usos habituales del comercio. Estas circunstancias serán las que el juez, el intérprete y las partes habrán de tener en cuenta para valorar el carácter abusivo de una cláusula sobre morosidad que aparece en el contrato.

a) La naturaleza del producto o servicio. El legislador español permite plazos de pago superiores a los legales en atención a la naturaleza del producto o servicio. En este sentido, no hay más que atender a lo dispuesto en el artículo 17.4 LOCM tras la modificación experimentada por la LMOC, cuando se refiere a los plazos para los productos que no sean frescos o perecederos ni de alimentación o gran consumo⁴³. En este precepto y en el ámbito del comercio minorista, es decir de los acuerdos celebrados entre los comerciantes y sus proveedores, se permitían plazos de más de sesenta días (mientras se instrumentase en documento que llevare aparejada acción cambiaria), de noventa días (con documento endosable a la orden) y de ciento veinte días (siempre que quedasen garantizados con aval bancario o seguro de crédito y caución)

b) El segundo criterio para la determinación del carácter abusivo de una cláusula, se refiere a la prestación por parte del deudor de garantías adicionales. Entre ellas podríamos incluir las siguientes: (i) La fijación de un tipo de interés sustancialmente superior al legal del dinero cuando se prevean plazos de pago mayores de sesenta días (que es el previsto en el artículo 4.1 de la LMOC) (ii) La previsión de compensaciones equivalentes al mayor aplazamiento y de las que el

⁴³ Insisten LEMA DEVESA y TATO PLAZA, en que la naturaleza del producto o servicio puede determinar de forma relevante el período de rotación de los productos, es decir, el intervalo de tiempo aproximado que tardará el comprador en proceder a su reventa. De suerte que la fijación de un período de aplazamiento del pago superior al período previsto o aproximado de rotación supondría un fuerte indicio del carácter abusivo de la cláusula (LEMA DEVESA, C. y TATO PLAZA, A., "La ley de medidas de lucha contra la morosidad ..."cit. p. 7)

proveedor sea beneficiario, compensaciones a las que se refiere el artículo 17.3 LOCM para los productos de alimentación y gran consumo cuyo plazo de pago exceda de 60 días, (iii) El aval bancario o el seguro de crédito y caución con los cuales se garantizarán los aplazamientos en los pagos de más de 120 días, para productos que no sean frescos ni perecederos ni de alimentación y gran consumo como prevé el artículo 17.4 LOCM (iv) La cláusula de reserva de dominio, de la que nos ocuparemos en otro epígrafe y, por último (v) Otras garantías adicionales como la hipoteca mobiliaria y la prenda sin desplazamiento de la posesión.

En cuanto a este segundo criterio hay que hacer notar que también la reforma de la LMOC llevada a cabo por la Ley 15/2010 introduce cambios en el texto ya que, como hemos indicado supra, por un lado el plazo del artículo 4 se ha elevado de 30 a 60 días, y por otro lado, con la reforma de la LMOC no se admite ya la posibilidad de esos aplazamientos de pago para los productos no sean ni frescos ni perecederos más allá de 60 días ya que la garantía del aval bancario o seguro de crédito y caución como garantías adicionales para pagos superiores a 120 días ya no será aplicable. Sin embargo, la reforma no hace referencia a los productos de gran consumo, por lo cual, como veremos en el epígrafe 1.3.1 han surgido dudas sobre si sigue siendo de aplicación lo dispuesto en el artículo 17 LOCM.

c) Los usos habituales del comercio⁴⁴, teniendo en cuenta, como declara el propio artículo 9.1, que no podrá considerarse uso habitual del comercio la práctica repetida de plazos abusivos⁴⁵ dado que se

⁴⁴ Un peso importante, especialmente en el comercio minorista, tienen según ALBIEZ DOHRMAN, K.J., "El control de contenido de las cláusulas de morosidad... cit. p. 230, los usos de comercio de entre todas las circunstancias señaladas en el artículo 9.1, ya que pueden tener un carácter más o menos localista, pero también un alcance transfronterizo, o, incluso, internacional. No obstante, debemos tener en cuenta que el Código de Comercio español se refiere a los usos de comercio observados generalmente "en cada plaza". Y que las CGC están ahogando su existencia

⁴⁵ Esta redacción fue consecuencia de varias enmiendas (entre ellas la núm. 16 presentada por el grupo mixto o la 21 presentada por el grupo vasco, BOCG, Congreso, serie A, nº 1-10, de 19 de octubre de 2004) al Proyecto de LMOC con las que se pretendía evitar que se

trataría de un uso *contra legem*, que está prohibido por los artículos 1 C.Cv. y 2 C.Com.

Además de todas las circunstancias que se acaban de analizar, el artículo 9 se refiere también a los otros tres criterios para determinar el carácter abusivo de una cláusula: a) que el deudor tenga alguna razón objetiva para apartarse del plazo de pago y del tipo legal de interés, b) que dicha cláusula sirva principalmente para proporcionar al deudor una liquidez adicional a expensas del acreedor y c) que el contratista principal imponga a sus proveedores o subcontratistas unas condiciones de pago que no estén justificadas por razón de las condiciones de que él mismo sea beneficiario o por otras razones objetivas.

a) En relación con el primero de estos criterios, es decir el de que el deudor tenga alguna razón objetiva para apartarse del plazo de pago y del tipo legal de interés, como acertadamente se ha dicho⁴⁶, se establece aquí una regla de inversión de la carga de la prueba, por lo que el deudor deberá de probar las razones que justifican la aplicación de un plazo de pago distinto al fijado legalmente o de un tipo de interés inferior. Estas razones objetivas pueden provenir de las tres circunstancias que se acaban de analizar: la naturaleza del producto o servicio, la prestación de garantías adicionales o los usos del comercio. Pero también de la naturaleza del contrato (operación comercial en expresión legal) que se haya llevado a cabo. Así por

consolidasen como usos de comercio las generales y repetidas prácticas abusivas de largos plazos de pago que se venían aplicando en algunos mercados y donde el desequilibrio de poder a favor de los grandes distribuidores se traducían en la imposición de forma general de plazos abusivos a sus proveedores comerciales. ¿Era necesaria esta precisión legal?. Consideramos que hubiera bastado con el régimen general del uso mercantil. V ALFARO ÁGUILA-REAL, J., "La función de los usos en el código de comercio (Notas para una reinterpretación del art. 2 C. de c.)", *RDM*, 205, 1992, pp. 419-444

⁴⁶ LEMA DEVESA, C. y TATO PLAZA, A., "La ley de medidas de lucha contra la morosidad..." cit. p. 8, MIRANDA SERRANO, L.M., *Aplazamientos de pago y morosidad...* cit. p. 399, PERALES VISCASILLAS, M.P., *La morosidad en las operaciones...* cit. p. 287,. Sólo parcialmente de acuerdo RODRIGUEZ RUIZ DE VILLA, "Análisis crítico de la lucha..." cit., p. 61, para quien el deudor debe ser quien acredite la concurrencia de tal causa objetiva, más por aplicación del artículo 217 LEC que por la existencia en este ámbito de una regla específica de inversión de la carga de la prueba.

ejemplo si se ha celebrado un contrato de venta a plazos de bienes muebles, o de franquicia, concesión o suministro (contratos de duración) es frecuente que las partes pacten plazos superiores a los previstos en la LMOC, en este caso la especial naturaleza del contrato sería la razón objetiva que llevaría al deudor a apartarse de las previsiones legales.

b) El segundo de los criterios que se tendrá en cuenta para determinar el abuso es que la cláusula sirva principalmente para proporcionar al deudor una liquidez adicional a expensas del acreedor⁴⁷ (debiéndose atender entonces al período aproximado de rotación del producto o servicio cuya contratación ha generado la obligación de pago⁴⁸). Podemos entender por lo tanto⁴⁹, que la cláusula será abusiva cuando el comerciante imponga a sus proveedores o a sus clientes aplazamientos en el pago más onerosos que los que él mismo soporta.

1.2.4 Consecuencias de la declaración de nulidad

La consecuencia fundamental que deriva del carácter abusivo de una cláusula es su nulidad, conforme declara el artículo 9.1 LMOC. Ya nos hemos referido a la cuestión de si se trata de nulidad de pleno derecho o de anulabilidad dado que el precepto no precisa y hemos

⁴⁷ El artículo 9 LMOC reitera aquí prácticamente de forma literal el contenido del considerando 19 de la Directiva comunitaria que aclara que la finalidad del art. 3.3 de la Directiva es el impedir que los grandes distribuidores se conviertan en empresas financieras que obtengan beneficios no por la diferencia de precio entre lo que pagan al fabricante y lo que cobran al consumidor sino por el rendimiento financiero que obtienen con los fondos de sus proveedores que retienen durante largos períodos de tiempo gracias a los aplazamientos en los pagos

⁴⁸ Para LEMA DEVESA, C. y TATO PLAZA, A., "La ley de medidas de lucha contra la morosidad ..."cit. p. 8 es evidente que la fijación de un aplazamiento del pago superior al período de rotación del correspondiente producto o servicio permitiría la obtención de una financiación adicional a costa del acreedor si el deudor revende el producto al contado. En un supuesto como el descrito, el deudor cobraría al contado el precio de la reventa, pero su deuda con el vendedor original no vencería hasta un momento posterior, por lo que las cantidades obtenidas con la reventa podrían ser utilizadas por el deudor para financiar otras actividades, tales como los inventarios, los créditos a clientes, etc.

⁴⁹ Con ALFARO ÁGUILA-REAL, J., "La nueva regulación..." cit. p. 20

concluido que estamos ante un supuesto de nulidad de pleno derecho relativa (v. epígrafe 1.2.2 d)

a) Declaración de nulidad ¿de oficio o a instancia de parte?

Antes de analizar las consecuencias de la declaración de nulidad de las cláusulas abusivas debemos ocuparnos de determinar quién lleva a cabo esa declaración, cómo se realiza el control judicial. El artículo 9.2 LMOC afirma que el juez que declare la invalidez integrará el contrato y dispondrá de facultades moderadoras de su contenido. El artículo 9 LMOC, al igual que los preceptos que se refieren a las cláusulas abusivas en la LCGC y la LGDCU, declara la nulidad de estas cláusulas, pero, mientras que en el artículo 83 TRLGDCU se declara expresamente que serán nulas y se tendrán por no puestas y en los artículos 8 y 9 de la LCGC se declaran nulas y se atribuye al adherente la facultad de instar esa declaración de nulidad, la LMOC se limita a señalar que el juez declarará la nulidad. El juez entonces ¿puede declarar la nulidad de oficio o deberá hacerlo a instancia de la persona afectada por la cláusula abusiva, por el adherente, o por cualquier persona interesada dado que estamos ante una nulidad de pleno derecho? Con respecto a la primera cuestión, es decir a si es posible apreciar de oficio la nulidad de la cláusula abusiva por parte del juez, nos pronunciamos afirmativamente⁵⁰ dado que, como se ha indicado estamos ante un supuesto de nulidad de pleno derecho por lo que debe salvaguardarse el orden público en el sentido de que la condición general no formará parte del contrato en cuanto perjudique al adherente, que no necesita ejercitar ninguna acción para obtener la nulidad. Puede invocarla por medio de una acción, una excepción o ser favorecido por la apreciación judicial de oficio. En cuanto a si sólo corresponde al

⁵⁰ De esta cuestión se han ocupado, y la han resuelto en esta línea MIQUEL GONZÁLEZ, J.M. "La nulidad de las condiciones generales..." cit. p. 10, BLANCO GÓMEZ, J.J., "Algunas reflexiones..." cit. p. 1486, PASQUAU LIAÑO, M., "Comentarios..." cit. p. 284

adherente, en caso de que la nulidad sea objeto de impugnación ante los tribunales, la legitimación activa o si puede un tercero llevarla a cabo, si continuamos atendiendo a las reglas generales, tenemos que responder que ello es posible, y que en todo caso, esa nulidad de pleno derecho es, como se ha indicado anteriormente, de carácter relativo lo que significa (en los artículos 8 y 9 LCGC y conforme a nuestra interpretación también en el 9 LMOC) que la ley atribuye al adherente esa legitimación para excluir la del predisponente, pero no la de cualquier tercero⁵¹.

b) La integración judicial del contrato

Con el objeto de evitar las graves y negativas consecuencias que para el deudor supondría la supresión de la cláusula abusiva del contrato (*quod nullum est nullum effectum producit*, artículo 1259 C.Cv.) el artículo 9.2 LMOC atribuye al juez la función de integración del contrato, que ahora ha quedado incompleto, con arreglo al artículo 1258 del Código Civil. El juez debe integrar el contrato, es decir, acudir a algo que no forma parte del mismo, pero que puede ser parte de él⁵², ya que según el artículo 1258 C.Cv. los contratos obligan no sólo a lo expresamente pactado sino a todas aquellas consecuencias que, según su naturaleza, sean conformes a la buena fe, a los usos y la ley. Además del deber de integración del contrato,

⁵¹ En esta línea BLANCO GÓMEZ, J.J., "Algunas reflexiones..." cit.p. 1485 y MIQUEL GONZÁLEZ, J.M., "La nulidad..." cit. p. 10 y 11

⁵² Sobre la integración del contrato ALFARO ÁGUILA-REAL, J., voz "Integración contractual", *EJB*, vol. III, Civitas, 1995, pp. 3636 a 3642; idem *Las condiciones generales de la contratación...* cit. pp. 333 y ss., idem, "La función de los usos en el Código de Comercio", *RDM*, 205, 1992, pp. 419 a 444, GARCÍA AMIGO, M. "Integración del negocio jurídico", *RDN*, 1980, pp. 117 a 144, LASARTE, C., "Sobre la integración del contrato: la buena fe en la contratación (En torno a la S del TS de 27-1-77)", *RDP*, 1980, pp. 50-78, DÍEZ GARCÍA, H. y GUTIÉRREZ SANTIAGO, P. "Interpretación e integración del contrato" *AAVV, Tratado de contratos, vol. I, (concepto, límites, significación, requisitos, formación, forma, documentación, interpretación e integración, eficacia e ineficacia del contrato)* Director, Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano, Valencia, Tirant lo Blanch, 2009, pp. 805 a 998, DE LOS MOZOS, J.L., "Integración europea: Derecho comunitario y Derecho común", *RDP*, 2003, pp. 221 y ss., idem *Estudios sobre derecho de contratos, integración europea y codificación*, Madrid, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Centro de Estudios, 2005

el artículo 9.2 LMOC confiere al juez facultades moderadoras respecto de los derechos y obligaciones de las partes y de las consecuencias de su ineficacia. Estas facultades se incluyeron en el texto final de la ley de morosidad a la vista de las críticas efectuadas por el Consejo de Estado en su Dictamen al Anteproyecto de LMOC, en el que no se hacía referencia a ellas⁵³. El legislador, mediante la atribución de estas facultades al juez pretende dotarle de los instrumentos necesarios para alcanzar una solución equitativa para las partes contratantes y evitar así las consecuencias indeseables de la ineficacia del contrato⁵⁴, en la línea recogida en el artículo 83.2 TRLGDCU cuando se refiere a los efectos de las cláusulas abusivas, donde también aparecen estas facultades moderadoras del juez. El juez puede entonces moderar el contenido del contrato (por ejemplo reducir el plazo de pago, o reducir o elevar la cifra del interés de

⁵³ En su Dictamen al Anteproyecto de LMOC, el Consejo de Estado puso de manifiesto que al no reconocer al juez facultades moderadoras, el legislador, en el artículo 9.2, se apartaba tanto de la Directiva 2000/35 como de la LGDCU, que preveían expresamente las facultades moderadoras de los jueces y tribunales. Y continuaba diciendo que, aunque dicha opción no parece excluida por la Directiva, podría producir efectos distintos, y aun contrarios, a los que se persiguen, por lo que debían sopesarse las razones que podían llevar a adoptar la solución proyectada o, por el contrario, a admitir la facultad moderadora del órgano judicial. En este sentido, indicaba el Consejo de Estado que la posibilidad de declarar el carácter abusivo de las cláusulas (entre empresarios) queda limitada a las contempladas en el artículo 9 del Anteproyecto, y que no sería extraño que la cláusula calificada como abusiva estuviera vinculada a otra cláusula en la que se previera un efecto favorable a la otra parte. Ciertamente, puede suceder que las demás cláusulas sirvan para eludir la declaración del carácter abusivo del acuerdo sobre el plazo o sobre los intereses de demora, pero si a pesar de las demás cláusulas, la relativa al plazo o a los intereses es considerada nula, se puede producir una ruptura del equilibrio contractual, ahora a favor de quien resultaba inicialmente perjudicado. Así, si un plazo muy amplio de pago, que se complementara con un interés moratorio muy elevado, fuera considerado -pese al elevado interés- nulo por abusivo, el elevado interés empezaría a devengarse desde el plazo fijado legalmente, lo que podría ser aún más "injusto" que la admisión del largo plazo de pago. Y, si bien es cierto que las previsiones del artículo 9 tratan de responder a las situaciones de desigualdad entre unas empresas y otras, cumpliendo una función tuitiva de las más débiles, no parece aventurado pensar que empresas que no se encuentren en esa situación también intentarán aprovecharse de sus disposiciones. En todo caso, ante la alternativa de permitir una cláusula abusiva -al cabo, negociada por las partes-, o imponer un desequilibrio derivado de la necesaria supletoriedad de las previsiones legales sobre plazo e intereses de demora, pudiera producirse una mayor permisividad judicial hacia las cláusulas abusivas. Por todo ello, el Consejo de Estado sugirió reconsiderar la posibilidad de dotar al órgano judicial de un cierto margen de actuación, en línea con lo dispuesto en el artículo 3.3 de la Directiva y en el 10 bis de la Ley 26/1984 (actual art. 83 TRLGDCU).

⁵⁴ La facultad moderadora aparece así, en el artículo 9.2 LMOC, relacionada con el artículo 1258 CC y por tanto con la buena fe, los usos y ley, y con el artículo 83.2 TRLGDCU, lo que supone terminar con las críticas negativas que ha provocado la concesión abstracta de facultades moderadoras de los jueces sin vincularse a conceptos jurídicos, aunque sean abstractos, (v. al respecto PERALES VISCASILLAS, M.P., *La morosidad en las operaciones...* cit. p. 294).

demora) con el objeto de restablecer el equilibrio contractual tras la declaración de nulidad de una cláusula por abusiva.

1.2.5 El control de las cláusulas abusivas mediante el ejercicio de las acciones de cesación y retractación

El artículo 9.4 LMOC amplía el ámbito de la legitimación activa para el ejercicio de las acciones de cesación y retractación en la utilización de condiciones generales de la contratación. De este modo, por primera vez se admite en nuestro ordenamiento jurídico la defensa colectiva de los empresarios ante cláusulas abusivas en contratos celebrados entre empresarios y entre empresarios y Administraciones Públicas, sin diferenciar entre el tamaño de la empresa, con lo que se incluye no sólo a la PYME sino también a la gran empresa. Se amplían así los ámbitos en los que está prevista la posibilidad de ejercitar acciones colectivas en el Derecho mercantil español: condiciones generales de la contratación (artículos 12 a 20 de la Ley 7/1998, de 13 de abril sobre condiciones generales de la contratación), competencia desleal (artículos 32 y 33 de la Ley 3/1991, de competencia desleal), publicidad comercial (artículos 32 y 33 de la Ley 3/1991, de 10 de enero de competencia desleal), ejercicio de actividades de radiodifusión televisiva (Ley 7/2010, de 31 de marzo, general de comunicación audiovisual).

Mediante el reconocimiento de las acciones colectivas⁵⁵ se pretende favorecer el acceso a la justicia y sobre la base de la

⁵⁵ Sobre las acciones colectivas y acciones de clase, (class actions), entre otros, véase VICENT CHULIÁ, F., "Las acciones colectivas de condiciones generales y su impacto", en AA.VV., *Condiciones generales de la contratación y cláusulas abusivas*, (dir Nieto Carol) Consejo General de los Colegios Oficiales de Corredores de Comercio, Valladolid, 2000, pp. 387 a 434, También en "Las acciones colectivas de condiciones generales y su impacto en los sectores de contratación especial", *RGD*, 668, 2000, pp. 6143 a 6186, MARÍN LÓPEZ, J.J., "Las acciones de clase en el derecho español", *Indret*, 03/2001, www.indret.com, CARBALLO

economía procesal (reducción de costes) así tratar de asegurar la coherencia y unidad en las resoluciones judiciales evitando posibles decisiones contradictorias que pongan en peligro la seguridad jurídica. En España, el ejercicio de las acciones colectivas fue reconociéndose alrededor de la protección a los consumidores⁵⁶. Se consagró por medio de la publicación de la LCGC⁵⁷ y con la LMOC se ha extendido ese reconocimiento también a las entidades que representan a los sujetos a los que se aplica esta norma: empresarios y profesionales, reparando con ello la omisión que la LCGC había hecho respecto de todos ellos en la materia⁵⁸.

La Ley 15/2010 adiciona al artículo 9 un nuevo apartado, el 5, en el que permite a todas las entidades legitimadas para el ejercicio de las acciones de cesación y retractación personarse en los órganos jurisdiccionales o en los órganos administrativos competentes y asumir el ejercicio de acciones colectivas de cesación y retractación en defensa de los intereses de sus asociados frente a empresas

PIÑEIRO, L., *Las acciones colectivas y su eficacia extraterritorial, Problemas de recepción y transplante de las class actions en Europa*, Universidad de Santiago de Compostela, 2009,

⁵⁶ En contratos los celebrados fuera de establecimiento mercantil, contratación a distancia y contratos de viajes combinados (artículos 54 a 56 TRLGDCU aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre), los contratos de aprovechamiento por turno de bienes inmuebles de uso turístico (artículo 16 bis de la Ley 42/1998, de 15 de diciembre, sobre derechos de aprovechamiento por turno de bienes inmuebles de uso turístico y normas tributarias), los contratos de crédito al consumo (artículo 20 de la Ley 7/1995, de 23 de marzo, de crédito al consumo), en el uso de medicamentos y productos sanitarios (artículo 106 de la Ley 29/2006, de 26 de julio de garantías y uso racional de los medicamentos y productos sanitarios) en el ámbito de los servicios de la sociedad de la información (artículo 30 de la Ley 34/2002, de 11 de julio de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico) y en las garantías en la venta de bienes de consumo (artículos 54 a 56 TRLGDCU).

⁵⁷ En una normativa no exenta de críticas, como ejemplo basten las de VICENT CHULIÁ, F., "Las acciones colectivas..." cit. p. 393 que manifiesta que la LCGC debe ser sustituida por otra mejor concebida, que otorgue la adecuada protección a los adherentes pequeños empresarios y profesionales (esto parece haberlo hecho ahora la LMOC), poniendo al día nuestro Derecho de contratos. Su contenido, según este autor, debe ser incorporado a un Código Civil renovado, en un proceso de unificación del Derecho privado.

⁵⁸ Y que fue denunciada por la doctrina, así COCA PAYERAS, M., "Aproximación al Proyecto de Ley de Condiciones Generales de la Contratación", *La Notaría*, febrero 1998, pp. 37 y ss, quien declara que la LCGC "ha abandonado a su suerte a nuestros pequeños empresarios y profesionales convertidos en un "sándwich" entre las grandes empresas, a veces multinacionales, y la clientela de los consumidores y ha seguido utilizando el mediocre Derecho de los consumidores como "caballo de Troya" del neoliberalismo que dualiza y retrasa el progreso de nuestro Derecho de contratos, como un sistema armónico", en esta línea ahonda en las críticas VICENT CHULIÁ, F., "Las acciones colectivas..." cit. p. 397

incumplidoras con carácter habitual de los períodos de pago previstos en esta Ley, en los contratos que no estén incluidos en el ámbito de la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre Condiciones Generales de la Contratación. Con ello la ley extiende la posibilidad de ejercitar acciones colectivas respecto de cláusulas abusivas que se hallen contenidas en condiciones particulares de los contratos, no sólo en condiciones generales de la contratación ⁵⁹.

La Ley 15/2010 introduce un nuevo párrafo en el artículo 9.4 en el que reconoce que las denuncias presentadas por estas entidades legitimadas para ejercitar las acciones de cesación y retractación ante las autoridades de competencia tendrán carácter confidencial en los términos de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia. Esta medida probablemente favorecerá el incremento del ejercicio de las acciones colectivas al salvaguardar la identidad quienes impugnan a través de esas entidades y que ya se habían intentado introducir, sin éxito, en la tramitación de la Ley 3/2004 a través de varias enmiendas⁶⁰. Éstas se justificaron aduciendo que la introducción de esta medida de confidencialidad no afectaba al derecho a la defensa y sin embargo permitía evitar más que

⁵⁹ Este nuevo apartado fue introducido en el texto aprobado por el Senado el 14 de junio de 2010, prosperando así la enmienda núm. 5, BOCG, Senado, [Serie III B, núm. 7 c, de 7 de mayo de 2010]. que había presentado en la Cámara alta el Grupo parlamentario de senadores nacionalistas. En la enmienda se añadía la referencia a los contratos no incluidos en la LCGC que la redacción original de la proposición de ley de modificación de la Ley 3/2004, presentada por Convergencia no contenía. La justificación de esta enmienda plasma la pretensión del apartado 5 del precepto: "En algunos sectores de la actividad económica donde existe una concentración del poder de compra en un colectivo de pocas empresas, como ocurre en la distribución de productos de gran consumo, agroalimentarios y no alimentarios, los proveedores se encuentran en situación de dependencia económica o sin capacidad para oponerse a las existencias (sic) de estos poderosos competidores, de tal manera que han de aceptar en muchos casos, y particularmente, en el de las condiciones de pago, las cláusulas abusivas que especifica este artículo 9 modificado. La experiencia demuestra la certeza de esta situación porque nunca estos proveedores se atreven a reclamar en justicia contra sus clientes infractores. Es indispensable otorgar a las entidades y asociaciones relacionadas capacidad para actuar en nombre de sus asociados mediante la legitimación que formula la modificación del párrafo 5 adicionado al artículo 9"

⁶⁰ A través de las enmiendas presentadas por el Grupo parlamentario popular (enmienda núm. 67) y por el Grupo parlamentario de Esquerra Republicana (enmienda núm. 43), BOCG, Congreso de los Diputados, [Serie A, núm. 1-10, de 19 de octubre de 2004].

probables represalias o coacciones sobre los empresarios defendidos por las entidades.

Las acciones civiles colectivas para la incorporación de condiciones generales tienen su precedente en las estadounidenses *class actions*, sin perjuicio de que existan sustanciales diferencias entre unas y otras (mientras las *class actions* se reconocen en todos los sectores del Derecho y para el ejercicio de toda clase de acciones las acciones colectivas solo lo hacen para condiciones generales de la contratación. También la legitimación activa es diferente ya que en las *class actions* se reconoce a favor de todas las personas interesadas y en las colectivas la legitimación se limita a determinadas entidades).

En España, la LCGC introdujo estas acciones colectivas en los artículos 12 y ss. y las contempla para el ejercicio de tres pretensiones procesales: la cesación de las prácticas dirigida a impedir la utilización de concretas condiciones generales, la retractación del predisponente y la declarativa para reconocer su cualidad de condiciones generales e instar su inscripción en el Registro de Condiciones Generales de la Contratación. La LMOC ha reconocido el ejercicio de las dos primeras, la de cesación y la de retractación, y no menciona la declarativa (lo cual creemos que se debe a un olvido del legislador ya que no parece que la razón se deba a no querer trasladar el régimen de la LCGC)

Con carácter general, la acción de cesación puede ser ejercitada individual o colectivamente y tiene por objeto⁶¹ la obtención de una

⁶¹ Sobre la acción de cesación véase, entre otros, PANTALEÓN PRIETO, F., "La acción de cesación o prohibición en la Ley de competencia desleal", AAVV, *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Aurelio Menéndez*, t. I, Madrid, Civitas, 1996, pp. 953 a 968 GARNICA MARTÍN, J.F., "La acción de cesación", *Estudios de Derecho judicial* n° 103, 2006, (Ejemplar dedicado a: Venta de bienes fuera de establecimiento mercantil. La carta de revocación) pp. 67-132, DE LA CUESTA RUTE, J.M., "La acción de cesación y abstención de la publicidad ilícita: una sentencia ejemplar", ADI t. 10, 1984-85, pp. 519-524; SAMANES ARA, C., "El ejercicio de la acción de cesación en defensa de los intereses colectivos y difusos de los consumidores y usuarios", *Actualidad civil*, n° 18, 2004, pp. 2143-2154; HERRERA CUEVAS,

sentencia que obligue al demandado a eliminar de sus condiciones generales las que se reputen nulas, así como a abstenerse de utilizarlas en lo sucesivo, determinando o aclarando, cuando sea necesario, el contenido del contrato que ha de considerarse válido y eficaz. A ella pueden acumularse, además de la acción de nulidad, la de devolución de cantidades que se hubiesen cobrado en virtud de las condiciones a las que afecte la sentencia y la de indemnización de daños y perjuicios que hubiere causado la aplicación de dichas condiciones.

La acción de retractación tiene por objeto, conforme a la LCGC⁶² la obtención de una sentencia que declare e imponga al demandado, sea o no el predisponente, el deber de retractarse de la recomendación que haya efectuado de utilizar las cláusulas previstas o contenidas en condiciones generales que se consideren nulas y de abstenerse de seguir recomendándolas en el futuro.

El artículo 9.4 LMOC remite a la Ley 7/1998 de 13 de abril sobre condiciones generales de la contratación en cuanto a los requisitos para ejercitar las indicadas acciones. La LEC ha derogado los arts. 14, 15, 18 y 20 a los que se remitía la LMOC y ahora el régimen aplicable se encuentra en los artículos 11 (legitimación), 15 (publicidad de los procesos), 221 (efectos de las sentencias) y 519 (condena sin determinación individual de los beneficiarios) de la LEC, además de las previsiones de los arts. 13, 16, 17 y 19 LCGC. En estos preceptos no derogados por la LEC la LCGC regula la posibilidad de sometimiento al dictamen de conciliación, la legitimación activa y pasiva y la prescripción de las acciones colectivas.

E.J., "La acción colectiva de cesación en defensa de los consumidores", *Estudios de Derecho judicial*, nº 79, 2005, pp. 355 a 438

⁶² Acerca de la acción de retractación véase, entre otros, BARONA VILAR, S., "Artículo 12: acciones de cesación, retractación y declarativa", AA.VV., *Comentarios a la Ley de condiciones generales de la contratación* (coord. Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano), 2000, pp. 391-486, PÉREZ MORIONES, A., "Las acciones colectivas de cesación, retractación y declarativa de condiciones generales de la Ley 7/1998, de condiciones generales de la contratación", *RGD*, 658-659, 1999, pp. 9469-9520

Respecto al ejercicio de estas acciones de cesación y de retractación, la LMOC atribuye legitimación activa a una serie de entidades a las que cita expresamente y que son las de empresarios y profesionales⁶³ así como a los agricultores que estatutariamente tengan encomendada la defensa de los intereses de sus miembros, las Cámaras de Comercio y los colegios profesionales legalmente constituidos. Recordemos que en el capítulo IV, epígrafe 3.2.1, al delimitar el ámbito de aplicación subjetivo, el término empresa (referido a empresario) se ha interpretado en un sentido amplio, que incluye también a los agricultores, tradicionalmente excluidos del concepto de empresario.

Al enumerar los sujetos legitimados para el ejercicio de las citadas acciones el círculo es más reducido que el de los previstos en el artículo 16 LCGC, ya que la ley de morosidad excluye a aquellas entidades o personas cuya legitimación no resulta pertinente en relación al ámbito subjetivo de aplicación interempresarial, de forma coherente con la exclusión por parte de la LMOC de las operaciones de consumo. Debemos recordar que, conforme al artículo 19 LCGC, las acciones de cesación y retractación son, con carácter general imprescriptibles. Sin embargo, si las condiciones generales se depositan en el Registro General de Condiciones Generales de la Contratación, el plazo de prescripción de las acciones de cesación y retractación es de 5 años, computados a partir del día en que se hubiera practicado dicho depósito y siempre y cuando dichas condiciones generales hayan sido objeto de utilización efectiva, pues de otro modo no se podrá ordenar por el juez el cumplimiento de las obligaciones vinculadas a la cesación o retractación.

Podemos calificar de acertada la decisión del legislador de combatir las cláusulas abusivas mediante las acciones colectivas de

⁶³Las asociaciones, federaciones de asociaciones, corporaciones de empresarios, de profesionales y de trabajadores autónomos. La Ley 15/2010 ha introducido un cambio en la redacción de este precepto que legitima ahora también a las asociaciones, federaciones y corporaciones de trabajadores autónomos, además de las de los empresarios, profesionales y agricultores como hacía hasta entonces (artículo 9.4 a)

cesación y de retractación⁶⁴ ya que resulta difícil pensar que las empresas acreedoras ejerciten acciones individuales de nulidad o no incorporación de cláusulas que consideren abusivas al existir el grave riesgo de perder relaciones comerciales vitales para su continuidad en el mercado .

Hasta el momento se han presentado, desde la entrada en vigor de la Ley 15/2010 dos demandas basadas en este derecho reconocido en el artículo 9 LMOC. La primera de ellas se presentó el 1 de marzo de 2011⁶⁵ ante los juzgados de lo Mercantil de Madrid por parte la Asociación Nacional de Empresarios Fabricantes de Áridos (ANEFA) contra Ferrovial por supuesto incumplimiento de los plazos de pago previstos en la LMOC, al imponer abonar sus facturas en un plazo superior a los 120 días, llegando incluso a realizar concursos en los que el plazo de pago al proveedor se establece en 180 días. El juzgado de lo Mercantil nº 12 de Madrid dictó auto admitiendo la solicitud de diligencias preliminares.

La segunda fue presentada el 6 de marzo de 2012 por ANEFA y ANEFHOP (Asociación Nacional de Empresarios Fabricantes de Hormigón preparado) contra Dragados (ACS)⁶⁶ por imponer plazos de pago superiores a los que marca la LMOC. En el comunicado de prensa en el que se informaba de la interposición de esta demanda⁶⁷ estas dos asociaciones declaraban que desde la entrada en vigor de

⁶⁴ Siguiendo así la opinión de la mayoría de los autores que se ocupan del tema, así por ejemplo PERALES VISCASILLAS, M.P., *La morosidad en las operaciones...* cit. p. 296, MIRANDA SERRANO, L. M. *Aplazamientos de pago y morosidad...* cit. p. 409, ALBIEZ DOHRMAN, K.J., "El control de contenido de las cláusulas de morosidad..." cit. p. 237

⁶⁵ La noticia fue publicada por la prensa el 8 de marzo de 2011, puede verse en <http://www.expansion.com/2011/03/08/empresas/transporte/1299541945.html> y en la web de ANEFA <http://www.aridos.info/escaparate/noticias.cgi?idnoticias=188564>

⁶⁶http://www.aridos.org/tiny_mce/jscripts/tiny_mce/plugins/filemanager/archivos/REVISTA_D_E_PRENSA/EXPANSION_7_marzo_12.pdf

⁶⁷ V. <http://www.cepco.es/Uploads/docs/NP%20ANEFA%20demanda%20DRAGADOS.pdf>
Según ANEFA y ANEFHOP, estas malas prácticas comerciales contravienen clara y frontalmente la intención del legislador al fijar un plazo máximo de pago: prohibir que empresarios clientes con suficiente poder en un mercado concreto puedan imponer sus propias condiciones – principalmente, en lo que a la fijación de plazos se refiere - con el fin de evitar posibles prácticas abusivas de grandes empresas sobre pequeños proveedores, que den lugar a aumentos injustificados del plazo de pago.

esta Ley, un número significativo de empresas de la construcción están cumpliéndola, mientras que otras empresas, según la información que tienen estas asociaciones, vienen vulnerándola abiertamente, en grave perjuicio de los proveedores, sus trabajadores y su misma viabilidad empresarial.

1.3 La determinación del plazo de pago y del plazo de exigibilidad de los intereses de demora

Vamos a ocuparnos a continuación del estudio de las medidas sustantivas de lucha contra la morosidad que la LMOC ha incorporado. La primera de ellas, como ya se ha indicado en páginas anteriores, se refiere a la determinación del plazo de pago y del plazo de exigibilidad de los intereses de demora.

1.3.1 Los plazos legales pactados

La regla general sobre la determinación del plazo de pago⁶⁸ se estableció en el artículo 4 LMOC que, en su redacción originaria, reconocía que el plazo de pago que debe cumplir el deudor será el que se hubiera pactado entre las partes y, en su defecto, se aplicaría el de 30 días, tal y como se establecía en el segundo apartado del citado precepto.

Hasta ese momento, nada nuevo en la norma, ya que se reconocía el juego de la autonomía de la voluntad, principio fundamental en el derecho de obligaciones y contratos (artículos 1255 y 1258 C.Cv.) y por lo tanto prevalece lo acordado entre el acreedor y el deudor limitándose el legislador a señalar un plazo de

⁶⁸ Consideramos como plazo de pago el período transcurrido entre la entrega de un bien o la ejecución de un servicio, y el pago de esta prestación. El concepto es el que se maneja en el Documento de trabajo de los servicios de la Comisión sobre los plazos de pago en las transacciones comerciales, [Comisión de las Comunidades Europeas, 18 de noviembre de 1992, SEC (92) 2214. p. 7].

aplicación subsidiaria. Bien es cierto que la autonomía de la voluntad tenía importantes limitaciones en la LMOC ya que en sectores específicos de la contratación de bienes y servicios se imponían límites máximos de aplazamiento a través de normas de carácter imperativo, como sucedió con los pagos a proveedores en el sector del comercio minorista mediante la modificación por medio de la Disposición Final 2ª de la LMOC del artículo 17 de la LOCM⁶⁹. Además, no hay que olvidar que, las cláusulas abusivas, son un límite natural, de la autonomía de la voluntad⁷⁰ como resulta entre otros, del artículo 7 C.Cv.

a) La supresión de la libertad de pacto respecto al plazo máximo de pago

En la modificación de la LMOC llevada a cabo por la Ley 15/2010, de 5 de julio, se introduce un cambio sustancial al respecto, ya que el nuevo artículo 4, en cuanto a la determinación del plazo de pago⁷¹, establece un plazo máximo de 60 días, que no podrá ser ampliado por acuerdo entre las partes⁷². Se elimina así, el juego de la autonomía de la voluntad, esto es la posibilidad de pacto entre las partes respecto al establecimiento de un plazo superior a 60 días. Como el Preámbulo de la Ley 15/2010 declara “resulta particularmente importante en la presente Ley suprimir la posibilidad de pacto entre las partes, la cual a menudo permitía alargar

⁶⁹ Un estudio detallado de estos límites a la libertad de pactos en LEMA DEVESA, C. y TATO PLAZA, A., “La ley de medidas de lucha contra la morosidad ...”cit. p. 8 . El artículo 17 de la LOCM, tras su modificación, impone plazos máximos de pago que no pueden ampliarse por voluntad de las partes en las ventas de alimentos frescos y perecederos (30 días) y en las ventas de otros productos de alimentación y gran consumo (60 o 90 días)

⁷⁰ Sobre los límites a la autonomía de la voluntad, por todos, DE CASTRO Y BRAVO, F., “Notas sobre las limitaciones intrínsecas de la autonomía de la voluntad”, *ADC*, Estudios monográficos, serie 1ª, 2, 1982, pp. 987 a 1085

⁷¹ Otra novedad de la Ley 15/2010 es la precisión que sobre el plazo de pago incluye el nuevo artículo 2 d) “se referirá a todos los días naturales del año, y serán nulos y se tendrán por no puestos los pactos que excluyan del cómputo los períodos considerados vacacionales”. Cfr esta previsión, p.ej. con los plazos en la LCCh (art. 90), buena muestra de la “bancarización” de los efectos de comercio

⁷² En la redacción del nuevo artículo 4 se ha suprimido el antiguo apartado 1 en el que se reconocía que, en primer lugar, el plazo sería el pactado

significativamente los plazos de pago, siendo generalmente las PYMES las empresas más perjudicadas”.

Esta trascendental modificación introducida por la reforma de la LMOC supone, una limitación de un principio fundamental en el Derecho español de las obligaciones y contratos, el principio de la autonomía de la voluntad en lo que respecta a la ampliación de los plazos de pago⁷³. Debemos preguntarnos si existe alguna razón que justifique tal decisión. Pues bien, la razón que la justifica es, en nuestra opinión, evidente: el legislador español⁷⁴, ante la crítica situación en que se encuentran muchas empresas, que llega incluso a su desaparición por la demora en los pagos de sus clientes, opta por suprimir un principio que, pese a ser fundamental en un sistema jurídico como el español produce, en estos casos, perjudiciales efectos para los acreedores en su calidad de PYMES, como ya hemos tenido ocasión de constatar en el capítulo II⁷⁵. Esta situación todavía se ha agravado más durante la actual crisis económica⁷⁶. El cierre de

⁷³ En la doctrina se han opuesto a esta medida muchos autores, entre otros ALFARO ÁGUILA-REAL, J., “EU late payments: probablemente...” cit. En su blog este autor ha reiterado su opinión al respecto, como puede verse, por ejemplo en “¿Es una restricción proporcional de la libertad contractual prohibir todos los pactos contractuales sobre el pago para evitar los abusos?” (<http://derechomercantilespaña.blogspot.com/2010/0060/archive.html>); también VICIANO PASTOR, que considera que el sistema español es incompatible con la Directiva y que además el actual artículo 4 LMOC no debería “superar el test de inconstitucionalidad con la libertad de empresa” porque si bien podría considerarse una norma necesaria, es sin duda desproporcionada (VICIANO PASTOR, J., “La morosidad en las obligaciones...” cit. pp. 362 y ss); en esta misma línea ÁLVAREZ OLALLA, que considera la nueva regulación como una limitación de la autonomía de la voluntad “insólita” en las relaciones entre empresas (ÁLVAREZ OLALLA, P., “El nuevo plazo de cumplimiento...” cit. p. 29)

⁷⁴ Aunque no todos los grupos parlamentarios estuvieron conformes con la supresión de la libertad de pacto, así el grupo parlamentario socialista se opuso a ello en la tramitación de la ley (BOCG, Senado nº 83, Pleno de 9 de junio de 2010, p. 4412). A juicio de este grupo parlamentario aunque la propuesta parecía tener efectos positivos para las empresas podría tener efectos negativos que convendría corregir ya que se podría perjudicar sus posibilidades de crecimiento. Según el grupo socialista no se considera correcto decir que el acuerdo entre las partes en los pagos es siempre negativo o discriminatorio ya que es tal la casuística que existe en los diferentes sectores económicos que una regulación fija y común sería casi imposible de cumplir.

⁷⁵ Nos remitimos a lo indicado en ese capítulo respecto de las consecuencias que la demora en los pagos tiene para PYMES, como refleja, entre otros documentos, el Informe sobre la morosidad en las operaciones comerciales realizado por el Observatorio PYME en marzo de 2010 y para los autónomos el Informe de 8 de noviembre de 2010 de la Federación nacional de asociaciones de trabajadores autónomos

⁷⁶ Diversos estudios lo ponen de manifiesto, v. ad ex el estudio, elaborado por la Plataforma Multisectorial contra la morosidad, titulado “La morosidad del sector privado en España”, que puede consultarse en <http://www.pmc.es/>. En este informe, basado en las cuentas anuales del ejercicio 2010 depositadas en el Registro Mercantil de 14.280 empresas, se constata que

miles de negocios muy probablemente ha sido provocado por el retraso sistemático en los pagos por parte de sus clientes. No discutimos, por tanto, la justicia de las razones (evitar los abusos en la estipulación de los plazos de pago que tantos perjuicios han causado sobre todo a las pequeñas y medianas empresas) por las cuales se ha tomado esta decisión de suprimir la libertad de pacto en este punto, pero sí queremos valorar el modo en el que la Ley 15/2010 ha puesto en práctica esta medida mediante la imposición de plazos máximos de pago y el posible acierto o no de la forma realizada⁷⁷ ya que surgen dudas sobre la efectividad de esas medidas.

Al respecto, la técnica legislativa seguida ha de considerarse deficiente ya que se ha modificado el artículo 4 LMOC al suprimir la libertad de pacto pero no se alterado la redacción del artículo 9, lo cual ha producido, como hemos tenido ocasión de analizar en el epígrafe relativo a las cláusulas abusivas, grandes dificultades a la hora de interpretar este precepto ya que parece haberlo dejado vacío de contenido. En segundo lugar, debemos hacer mención a la inadecuación en este punto de la legislación española respecto a la normativa comunitaria. Hasta la reforma del año 2010 la LMOC seguía las directrices marcadas por la Directiva comunitaria, ya que al igual que la Directiva 2000/35/CE la Ley 3/2004 reconocía en el artículo 4.1 el principio de libertad de pacto. Pues bien, en la Directiva 2011/7/UE, aunque con algunos cambios en su redacción, no se altera el reconocimiento que ya hacía el texto originario (en el

una de cada tres empresas han desaparecido durante la crisis a causa de la morosidad (se han cerrado 500.000 negocios, 200.000 PYMES y 300.000 autónomos) ya que ésta es, tras la falta de financiación, la segunda causa de cierre. Y ello con datos de 2010

⁷⁷ La doctrina que se ha ocupado de estudiar esta cuestión manifiesta puntos de vista diferentes, así GARCÍA MANDALÓNIZ, M., "Morosidad y aplazamientos..." cit. p. 115 considera que son idóneas las medidas y las aplaude si favorecen a las PYMES. Opinión contraria es la de otros autores, especialmente ALFARO ÁGUILA-REAL, J., "EU late payments..." cit, para quien se trata de "una estupidez que solo elevará los costes de las empresas que tendrán que recurrir a vías indirectas para pactar plazos de pago mas largos". En la misma línea este autor en "La ley de morosidad: no siempre lo eficiente es justo ni admisible" <http://derecho-mercantiles.espana.blogspot.com/2010/09/la-ley-de-morosidad-no-siempre-lo.html>

artículo 3) del principio de libertad de pacto. El plazo de pago será el pactado en el contrato y en su defecto, de 30 días. No ha seguido el legislador español aquí lo que estipulaba la norma comunitaria; ésta reconoce la libertad de pacto y la Ley 15/2010 la ha suprimido. Recuérdese que la Directiva es de mínimos, es decir, establece una protección que puede ser ampliada por los Estados miembros, y parece claro que la norma española ha decidido intensificar esa protección puesto que la condición de la Directiva como de mínimos lo permite (art. 6.2)⁷⁸.

Entendemos que esta importante modificación llevada a cabo en el artículo 4.1 LMOC por la Ley 15/2010 al suprimir la libertad de pacto puede (y de hecho eso es lo que pretende) ser beneficiosa para las pequeñas y medianas empresas⁷⁹. Ahora bien, debemos tener en cuenta que también puede llevar consigo efectos positivos para los bancos y las entidades de crédito, ya que aquellos deudores que prefieran financiar sus operaciones comerciales en plazos mayores que los fijados por la LMOC, se verán obligados a demandarles financiación en la mayor parte de los casos⁸⁰. Además, esta medida no se adecua a la pluralidad de situaciones que pueden tener lugar en los diferentes sectores económicos, ya que la justificación de tutela de las PYMES no existirá, por ejemplo, cuando los pactos se produzcan entre dos grandes empresas, o entre dos PYMES, o cuando el deudor sea una PYME frente a una gran empresa. Para luchar más eficazmente contra la morosidad, hubiera sido preferible que el

⁷⁸ Aunque en opinión de VICIANO PASTOR, J., "La morosidad en las obligaciones..." cit. p. 366 el sistema previsto por la ley española no es más beneficioso para el acreedor que el previsto en la Directiva

⁷⁹ No hay que olvidar que ellas han sido las promotoras de todas estas reformas, a través de las actividades desplegadas por la Plataforma multisectorial contra la morosidad, cuyos documentos "Documento para la mejora práctica y efectiva en el ámbito empresarial respecto a la lucha contra la morosidad" de marzo de 2009 y "Propuesta de ley de modificación de la Ley 3/2004, de 29 de diciembre, por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales", de octubre de 2009, influyeron de manera decisiva en las propuestas que los grupos parlamentarios hicieron en el proceso de modificación de la ley.

⁸⁰ Como indica ALFARO ÁGUILA-REAL, J., "La ley de morosidad..." cit. p. 2

legislador⁸¹, en lugar de haber fijado plazos de pago obligatorios (que en la práctica son incumplidos por los deudores de forma generalizada), hubiera establecido o reforzado determinados instrumentos judiciales (procedimientos más simples y ágiles) o extrajudiciales (como el arbitraje) en la práctica, mucho más eficaces para el cobro de sus créditos por el acreedor.

En todo caso, es preciso, una vez más, que el legislador español resuelva esta discrepancia existente entre lo declarado por la LMOC y la Directiva en materia de determinación de plazos de pago antes de que llegue la fecha de su transposición el 16 de marzo de 2013. En nuestra opinión, la ley española debe restablecer el principio de libertad de pacto, aunque controlando sus posibles excesos e imponer un régimen más riguroso respecto a las consecuencias de las cláusulas que resulten abusivas.

b) Referencia a sectores específicos en los que se imponen *ex lege* límites máximos de aplazamiento

Se trata de una materia que se ha visto alterada de manera sustancial por la reforma de la LMOC llevada a cabo en el año 2010.

Como ya hemos tenido la oportunidad de analizar en el capítulo III al tratar del proceso de elaboración de la Ley 3/2004, los artículos 16 y 17 de la LOCM fueron las primeras normas españolas dirigidas a luchar contra la morosidad, aunque sólo referidas al sector de la distribución comercial. Al no derogar la Ley 3/2004 estos preceptos de la LOCM⁸², coexisten en nuestro Derecho dos regímenes jurídicos diferentes contra la morosidad: uno general, el contenido en la LMOC, que se aplica a todas las operaciones comerciales que entran dentro

⁸¹ V. MIRANDA SERRANO, L.M., "La Ley 15/2010..." cit. p. 33

⁸² Lo cual ha sido objeto de críticas, entre otros, por MIRANDA SERRANO, LM., *Aplazamientos de pago.* cit. p. 37 y ss., GARCÍA MANDALÓNIZ, M., "Morosidad y aplazamientos..." cit. p.104 y PERALES VISCASILLAS, M.P., "La Ley 3/2004 y la Directiva..." cit.p. 15

de su ámbito de aplicación objetiva y subjetiva conforme a lo expuesto, y otro especial, los artículos 16 y 17 de la LOCM, que rige para las relaciones mercantiles subsumibles en el ámbito del Derecho de la distribución (adquisiciones entre comerciante y sus proveedores, incluyendo tanto a mayoristas como minoristas e incluso centrales de compras)⁸³. Esta coexistencia no ha sido sencilla y el problema se ha agravado, como veremos, con la postura adoptada por la Ley 15/2010 que ha introducido una mayor confusión en la materia.

En su redacción original de 1996 el artículo 17 LOCM (dedicado a los pagos a los proveedores) dejaba libertad a las partes para fijar los plazos de pago que considerasen oportunos, aunque si éstos superaban los 60 días debía instrumentarse el pago en un documento que llevase aparejada acción cambiaria (esto es, en letra de cambio o pagaré y en menor medida en cheque) y si eran superiores a 120 días el vendedor podía exigir aval cambiario o seguro de crédito y caución (artículo 17.3). La ley 55/1999, de 29 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y de orden social modificó este precepto estableciendo un límite adicional a la autonomía de la voluntad de las partes cuando se fijasen aplazamientos en los pagos de productos alimenticios perecederos⁸⁴. En ese caso, los aplazamientos no podrían ser superiores a 30 días contados desde el día en que se entregase la mercancía. Posteriormente, la disposición final 2ª LMOC, dio una nueva redacción a los apartados 1, 3, 4 y 5

⁸³ La regulación especial de la LOCM se limita a los plazos de pago y al tipo de interés de demora ya que los requisitos sobre morosidad, la indemnización por costes de cobro y las cláusulas abusivas no están regulados en estos preceptos, por lo que se aplicará, en el ámbito de la distribución comercial, la LMOC, ya que es supletoria de la LOCM en tanto que norma general.

⁸⁴ Se entenderá por productos de alimentación frescos y perecederos, según el artículo 17.3,2 LOCM y 2.1 del RD 367/ 2005, de 8 de abril, por el que se desarrolla el artículo 17.3 LOCM, "aquellos que por sus características naturales conservan sus cualidades aptas para comercialización y el consumo durante un plazo inferior a treinta días o que precisan condiciones de temperatura regulada de comercialización y transporte". En el Anexo I del RD se encuentra un listado de productos pertenecientes a esa categoría cuyo último apartado, con carácter general incluye "cualquier otro alimento natural o preparado, actual o futuro, que precise conservación en frío o que tenga una caducidad o fecha de consumo preferente no superior a treinta días".

del artículo 17 LOCM. Conforme a ella este precepto contiene ahora una regla general según la cual los contratos de compraventa en los que no exista un acuerdo sobre el momento de pago son contratos con pago aplazado, ya que establece un plazo de treinta días y se contarán esos treinta días a partir de la fecha de la entrega de las mercancías (artículo 17.1). El plazo de la LMOC está fijado no para que surja la obligación de pago sino para que surja para el deudor la obligación de pagar unos intereses de demora claramente superiores a los legales⁸⁵.

El resto de las reglas del artículo 17 de la LOCM fijan límites a los plazos de pago que de este modo no pueden ser ampliados por las partes⁸⁶. El primer límite se impone a los productos de alimentación frescos y perecederos cuyo aplazamiento no podrá exceder de 30 días (artículo 17.3). A diferencia de la LMOC en la que las partes podían, hasta la reforma operada por la Ley 15/2010, pactar plazos mayores, siempre que no fueran abusivos, en virtud de la LOCM estos plazos no excederán en ningún caso de 30 días, quedando las partes sin margen para establecer otro límite máximo. El segundo límite rige para el caso de que el objeto del contrato se refiera al resto de los productos de alimentación, esto es, los no frescos y perecederos, y los de gran consumo⁸⁷ cuyos aplazamientos de pago no podían exceder de 60 días, salvo que en los contratos se estipulasen

⁸⁵ Por ello se muestra muy crítico ALFARO ÁGUILA REAL, J., "La nueva..." cit. p. 21, que considera que la regulación no sólo empeora la situación de los proveedores en relación con el Código de Comercio sino que además no armoniza la LOCM con la LMOC.

⁸⁶ Como indican, entre otros, LEMA DEVESA, C. y TATO PLAZA, A., "La ley de medidas de lucha contra la morosidad ..."cit. p. 9, MIRANDA SERRANO, L. M. *Aplazamientos de pago y morosidad...* cit. p. 351.

⁸⁷ Según el artículo 17.3.2 de la LOCM y 4 del RD 367/ 2005, de 8 de abril, por el que se desarrolla el artículo 17.3 LOCM, son productos de gran consumo aquellos fungibles de compra habitual y repetitiva por los consumidores y que presenten alta rotación. La norma reglamentaria (art. 4.4) precisa que "compra habitual y repetitiva" es la que corresponde a aquellas familias y categorías de productos que intervienen en el abastecimiento regular de los hogares para su consumo recurrente y que precisan de su compra varias veces al año. Por "productos de alta rotación" se entiende los incluidos en aquellas categorías de productos cuyo plazo promedio de permanencia en poder del comerciante, desde el suministro exclusivo por el comerciante o mayorista hasta la venta final minorista, es inferior a sesenta días (art. 4.3 del RD 367/2005, de 8 de abril).

cláusulas que previesen compensaciones económicas equivalentes al mayor aplazamiento y de las que fuera beneficiario el proveedor en cuyo caso no podrían ser nunca superiores a 90 días. Cuando la ley se refiere a los productos no frescos o perecederos ni de alimentación o gran consumo entenderemos comprendidos productos tales como los productos dietéticos en alimentación humana, o los productos de gran consumo no alimentarios: bienes fungibles y de compra habitual por los consumidores que presenten una alta rotación (de droguería y limpieza, de perfumería e higiene personal). El tercer y último límite afectaba a todos los demás, es decir a aquellos productos que no fueran ni frescos ni perecederos ni de gran consumo⁸⁸: si se pactan aplazamientos de pago superiores a 60 días desde la fecha de entrega y recepción de las mercancías el pago debe quedar instrumentado en un documento que lleve aparejada acción cambiaria. Si son superiores a 90 días el título debe ser endosable a la orden (letra, pagaré) y para aplazamientos de pago superiores a 120 días, el vendedor puede exigir aval cambiario o seguro de crédito o caución (artículo 17.4).

En los casos del segundo y tercer límites, esto es, los relativos a los productos de alimentación no frescos y perecederos y de gran consumo y a los ni frescos ni perecederos ni de gran consumo, se consideró que se había producido una incorrecta transposición de la Directiva 2000/35, ya que su artículo 3.2 no permite en ningún caso exceder el límite de 60 días⁸⁹, cosa que evidentemente el artículo 17 LOCM hizo al recoger posibles plazos superiores a 90, incluso a 120

⁸⁸ Aunque el RD 367/2005 no los define, como indican PERALES VISCASILLAS, M.P., *La morosidad en las operaciones...* cit. p. 193 y a MIRANDA SERRANO, L. M. *Aplazamientos de pago y morosidad...* cit. p. 353, podemos incluir dentro de esta categoría a los productos de comercialización en fase minorista, de uso doméstico y de altísima rotación, es decir, inferior a 60 días, cuya frecuencia de compra sea superior a la habitualidad con la que se refiere la norma a los productos de gran consumo (ropa, electrodomésticos...)

⁸⁹ Habrá que tener en cuenta, además, que la propuesta de Directiva 2011/7 suprime esta posibilidad ya que ha eliminado el apartado 2 del artículo 3 de la Directiva 2000/35/CE. Recordemos que ese apartado permitía a los Estados miembros fijar un plazo de exigibilidad de pago de los intereses en un máximo de 60 días (en algunos tipos de contratos que debía fijar la legislación nacional) cuando obligasen a las partes contratantes a no rebasar dicha demora o cuando fijasen un tipo de interés obligatorio sustancialmente superior al tipo legal

días. Esa en principio incorrecta transposición de la Directiva por parte de la LMOC supuso la denuncia de España ante el TJCE (v. capítulo II). No obstante, el Tribunal declaró que tal incorrección no había existido y que la ley ha transpuesto correctamente la Directiva. Sobre ello nos remitimos a lo expuesto en el capítulo III.

El legislador español desaprovechó la ocasión para resolver las dudas que fueron surgiendo ante la coexistencia de la LOCM y la LMOC, al introducir, en la Disposición adicional primera de la Ley 15/2010, un régimen especial para productos agroalimentarios⁹⁰. Al no derogarse expresamente los artículos 16 y 17 de la LOCM, queda la duda de si este régimen está o no vigente porque pudiera ser mas beneficioso para el acreedor ya que, en virtud de la Disposición derogatoria, las normas que resulten beneficiosas para el acreedor en relación a la determinación del plazo de pago, permanecen vigentes.

Hay que realizar por lo tanto una labor interpretativa sobre el alcance de las modificaciones introducidas en esta materia por la Ley 15/2010. En la actualidad, existen dos posturas doctrinales: de una parte la de aquellos que mantienen que la Ley 15/2010 ha derogado los artículos 16 y 17 de la LOCM y por lo tanto existe ya un único régimen de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales entre empresas (la LMOC) y de otra, hay autores que consideran que los artículos 16 y 17 LMOC siguen vigentes aunque con algunas modificaciones referentes a los productos agroalimentarios.

La tesis⁹¹ que defiende la derogación de los artículos 16 y 17 LOCM parte de la consideración de que la Disposición adicional primera de la Ley 15/2010, tras limitar a 30 días el plazo de pago de los alimentos frescos y perecederos (no se altera, por tanto, el

⁹⁰ Sobre el sector agroalimentario, v. las interesantes recomendaciones que realiza la Comisión Nacional de Competencia en su Informe sobre fabricantes y distribuidores en el sector alimentario (2011), págs. 146 y ss.. Este documento puede consultarse en: <http://www.cncompetencia.es/Inicio/Informes/InformesyEstudiossectoriales/tabid/228/Default.aspx>

⁹¹ Seguida por GARCÍA MANDALONIZ, M., "Morosidad y aplazamientos..." cit. p, 116

régimen anterior), en su párrafo 2 declara que el plazo de pago de los productos de alimentación que no sean ni frescos ni perecederos no podrá exceder en ningún caso de 60 días desde la fecha de entrega de las mercancías. Con esta regulación a partir del día 7 de julio de 2010 el legislador prohíbe por lo tanto pactar plazos superiores a 60 días para los productos de alimentación y gran consumo que no sean frescos o perecederos, aunque como la propia ley indica ello se ha ido haciendo de modo progresivo conforme al calendario fijado en la Disposición Transitoria segunda⁹².

Los autores⁹³ que mantienen la vigencia de los artículos 16 y 17 LOCM basan su razonamiento en que la Ley 15/2010 no ha derogado la Disposición adicional 1ª de la LMOC ya que si esa hubiera sido la voluntad del legislador así se hubiese hecho. Por ello consideran que tras la Ley 15/2010 la situación es la misma que tras la LMOC, ya que habrá un régimen especial para el comercio minorista (los artículos 16 y 17) y de forma subsidiaria se aplicarán los preceptos de la LMOC. No obstante, tras la aprobación de la reforma de 2010 se ha producido un cambio, ya que si hasta julio de 2010 la alusión que la Disposición Derogatoria de la LMOC hacía a “las normas que en relación a la determinación del plazo de pago resulten mas beneficiosas para el acreedor” se refería a los artículos 16 y 17 LOCM según lo que luego confirmó el TJUE en la S de 11 de diciembre de 2008⁹⁴, desde la entrada en vigor de la Ley 15/2010 el régimen especial de su DA 1ª sobre aplazamientos a productos agroalimentarios debe considerarse más favorable para el acreedor que el del artículo 17 LOCM. Por ello para estos autores, desde la reforma de la Ley 15/2010 los productos frescos y perecederos se pagarán en 30 días desde la entrega conforme al artículo 17.3 LOCM.

⁹² Desde el 1 de enero hasta el 31 de diciembre de 2011 en 85 días, desde el 1 de enero hasta el 31 de diciembre de 2012 en 75 días y a partir del 1 de enero de 2013 en 60 días.

⁹³ MIRANDA SERRANO, L.M., “La Ley 15/2010...” cit. p.43 y ss. También parece inclinarse por esta solución ALFARO ÁGUILA-REAL, J., “EU late payments...” cit, p. 2 al declarar que la ley no ha derogado expresamente el artículo 17.3 LOCM.

⁹⁴ Como ya se ha estudiado en otra parte de este trabajo, el TJUE en su sentencia de 11 de diciembre de 2008 consideró que el artículo 17 de la LOCM no infringía la Directiva 2000/35

Para los productos alimenticios no frescos ni perecederos conforme a la DA 1ª LMOC no se podrán rebasar los 60 días. En el caso de productos de gran consumo, al no decir nada la DA 1ª, se seguirá aplicando el artículo 17.3 LOCM (60 o 90 días). Para los demás productos al no indicar nada la norma, se seguirá aplicando el artículo 17.4 LOCM con lo cual los plazos podrán alcanzar los 120 días.

Esta línea interpretativa ha sido seguida por el Ministerio de Industria. En su *Informe sobre diversas cuestiones interpretativas del régimen jurídico en materia de aplazamientos de pago*⁹⁵ la subdirectora general de comercio interior considera que existe un conflicto normativo entre la DA 1ª de la Ley 15/2010 y el artículo 17 LOCM. Para resolver ese conflicto habrá de acudirse a la Disposición Derogatoria de la LMOC a través de la cual se ha producido una derogación parcial de la Ley 3/2004 ya que queda a salvo el principio de norma más favorable. Se considera que respecto a los productos frescos y perecederos en nada se innova con la entrada en vigor de la reforma: deberán pagarse en 30 días en cualquier caso. Para los de alimentación no frescos ni perecederos el plazo de 60 días no admite ampliación ya que, aunque no hay una derogación expresa del artículo 17.3 LOCM, la viabilidad de alargar el plazo mas allá de 60 días resulta contraria a la nueva DA 1ª. De este modo considera el Ministerio que, frente a dos normas parcialmente incompatibles y por aplicación del criterio cronológico se produce una derogación tácita del inciso relativo a “más de 60 días” del artículo 17.3 LOCM para los productos de alimentación no frescos ni perecederos. Para el resto de productos (gran consumo y los que no tengan la consideración de alimentarios ni de gran consumo) siguen siendo aplicables los

⁹⁵ Informe emitido el 28 de septiembre de 2010 en respuesta a la solicitud que la Asociación Nacional de Grandes Empresas de Distribución (ANGED), la Asociación Española de Distribuidores, Autoservicios y Supermercados (ASEDAS) y la Asociación de Cadenas Españolas de Supermercados (ACES) elevaron a la Dirección General de Comercio Interior para que aclarase algunas cuestiones interpretativas sobre la Ley 15/2010, de 5 de julio de modificación de la Ley 3/2004, de 29 de diciembre, por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales. Este informe puede consultarse en: http://www.cofedal.es/informacion_descargas/INFORME_MINISTERIO.pdf

artículos 17.3 y 17.4 de la LOCM al entender que no han sido derogados ni por la Disposición Derogatoria genérica de la LMOC ni por un régimen especial posterior y por tanto el plazo puede elevarse a los 120 días.

En nuestra opinión, y tras haber considerado todas estas líneas interpretativas, y a la vista de que el Informe del Ministerio de Industria no tiene carácter vinculante, los artículos 16 y 17 LOCM han quedado derogados por la Ley 15/2010. Por una parte porque el plazo general establecido en esta ley es de 60 días sin que se pueda ampliar por pacto. Además, la Ley 15/2010, en su Disposición Adicional 1ª, tras declarar su párrafo 1 que los aplazamientos de pago de productos de alimentación frescos y perecederos no excederán en ningún caso de 30 días a partir de la fecha de la entrega de las mercancías⁹⁶; prohíbe (en su párrafo 2) pactar, para los productos de alimentación no frescos ni perecederos, aplazamientos de pago que excedan de 60 días a partir de la fecha de la entrega de las mercancías (“no excederán en ningún caso de 60 días”)

Ya no se menciona a los productos de gran consumo, con lo que podríamos plantearnos si eso significa que no se modifica su régimen jurídico y que se pueden seguir fijando plazos superiores a los previstos en la LOCM. Al respecto, hemos de tener en cuenta lo que establece la Disposición Derogatoria de la Ley 15/2010 “quedarán derogadas todas las normas de igual o inferior rango en lo que contradigan o se opongan a esta ley (recordemos que la regla general de la ley es el plazo de 60 días respecto del cual no cabe pacto en contrario), a excepción de aquellas que, en relación a la determinación del plazo de pago, resulten más beneficiosas para el acreedor”, lo cual no es el caso. Si la regla general en la legislación

⁹⁶ Este precepto traslada con las mismas palabras la definición de alimentos frescos y perecederos, del artículo 2.1 del RD 367/2005, de 8 de abril: “aquéllos que por sus características naturales conservan sus cualidades aptas para comercialización y consumo durante un plazo inferior a treinta días o que precisan de condiciones de temperatura regulada de comercialización y transporte”

vigente es de 60 días (art. 4.1), las excepciones tienen que interpretarse restrictivamente y por lo tanto consideramos que el silencio de la norma no significa que se puedan pactar otros plazos superiores a esos 60 días al no indicarse nada al respecto.

Como tampoco hay reglas previstas especiales en la ley 15/2010 para los productos que no sean frescos ni perecederos ni de alimentación y gran consumo (a los que se refiere el artículo 17.4 de la LOCM), recuérdese que la ley de morosidad modificó la LOCM en este punto y tendremos por tanto que aplicar la regla contenida en la disposición derogatoria que acabamos de indicar y concluir que en este caso rige la regla general establecida en la LMOC (60 días) y por lo tanto hemos de entender derogado el artículo 17.4 LOCM.

Esta interpretación creemos es la más coherente con la Directiva 2011/7/UE, cuyo artículo 3.5 impone a los Estados la obligación de velar porque los plazos de pago fijados en el contrato no excedan de 60 días naturales, salvo acuerdo expreso en contrario y siempre que ello no sea manifiestamente abusivo para el acreedor. Por lo tanto parece ser que el espíritu de la Directiva es el de que el plazo de 60 días sea un límite general. Sobre esta cuestión volveremos en las líneas que siguen.

1.3.2 Los plazos legales en defecto de pacto entre las partes

La cuestión a la que vamos a referirnos en el presente epígrafe es una de las que han experimentado un cambio más sustancial tras la reforma del artículo 4 operada por la Ley 15/2010: la determinación del plazo de pago. Por una parte, como ya se indicó anteriormente, se ha eliminado la posibilidad de pactar un plazo de pago superior entre las partes a que hacía referencia el antiguo artículo 4.1 LMOC. Por otra parte, tras suprimir la posibilidad de la libertad de pacto al

respecto, el precepto impone ahora unos plazos de pago distintos de los que establecía la ley en su originaria redacción.

El plazo legal en defecto de pacto era 30 días hasta la publicación de la Ley 15/2010, en consonancia con el plazo establecido en el artículo 3 de la Directiva 2000/35/CE; pues bien, la nueva redacción del art. 4.1, establece un plazo de 60 días⁹⁷, estableciendo a continuación los criterios para computar este plazo, criterios en los que también, como indicaremos más adelante, se aprecian diferencias respecto de la anterior regulación. Un sector doctrinal muy destacado⁹⁸ criticó la regulación que la Ley 3/2004 llevó a cabo en materia de determinación del plazo de pago (en 30 días) por considerar que produce la ruptura del sinalagma funcional de los contratos de cambio, aunque también algunos autores se mostraron favorables a la regulación legal⁹⁹. En las obligaciones sinalagmáticas o recíprocas, conforme a la teoría general del Derecho (especialmente en las obligaciones que surgen de la compraventa, prototipo del negocio sinalagmático), la entrega de los bienes y el pago del precio surgen como obligaciones recíprocas del vendedor y el comprador cuando las partes no han convenido expresamente en el contrato el momento en que debe pagarse el precio. Entregadas (o puestas a disposición) las cosas por el vendedor, nace la obligación de pago por parte del comprador; pago contra entrega, que se refleja entre otros en los artículos 339 C.Com. y 1466 y 1500.2 del C.Cv. En la LMOC se quiebra esta regla, al establecer el plazo de 30 días para el pago de

⁹⁷ La redacción definitiva ha establecido este plazo de 60 días, tal y como originariamente aparecía en la redacción de la proposición de ley de Convergencia i Unió. El grupo mixto presentó en el Congreso, a iniciativa de UPD una enmienda para reducir el plazo a 30 días (BOCG, Congreso de los Diputados [Serie B, núm. 169-14, 10 de diciembre de 2009, p. 1]) enmienda que no prosperó. El grupo parlamentario popular también presentó una enmienda manteniendo en el párrafo 1 del artículo 4 la posibilidad de pacto entre las partes con un máximo de 60 días y, en su defecto, estableciendo un plazo legal de 30, con el argumento de que si se quiere favorecer al acreedor, se debería establecer un plazo máximo de 60 días dentro de los posibles plazos de pago y mantener los 30 días que aparecen en la actual legislación (BOCG, Congreso de los Diputados [Serie B, núm. 169-14, 10 de diciembre de 2009, núm. p. 11]), esta enmienda tampoco prosperó

⁹⁸ Especialmente ALFARO ÁGUILA-REAL, J., "La nueva regulación del crédito comercial: Una lectura crítica..." p. 18. y PERALES VISCASILLAS, M.P., *La morosidad en las operaciones...* cit. p. 146 y ss.

⁹⁹ SORIANO GARCÍA, J.E., *Lucha contra la morosidad...* cit. pp. 96 y ss y 142 y ss

las deudas. El cumplimiento simultáneo se sustituye por un cumplimiento diferido para el comprador, siempre que no se haya pactado otra cosa o que no exista una previsión legal expresa que fije un plazo. Para algunos autores¹⁰⁰ ello implica una consecuencia muy perjudicial para el acreedor ya que le sitúa (contrariamente a lo que la Ley de morosidad persigue) en una posición más desventajosa que la que le reconocía el Código de Comercio, ya que la obligación de pago, a falta de pacto, surgirá no el día de la entrega de las mercancías o de la prestación del servicio sino 30 días después y por lo tanto no podrá reclamar intereses de demora si el deudor paga en ese plazo. Sin embargo, otros autores¹⁰¹, sin negar la quiebra del principio del sinalagma funcional, consideran que no se producen efectos tan negativos y tan relevantes para el acreedor por la brevedad del plazo fijado¹⁰², porque la solución legal sólo resultaba aplicable en defecto de pacto y además si interpretamos las normas no aisladamente sino en su contexto hay otras medidas contra la morosidad que el legislador ha establecido que contrarrestan los efectos negativos que pudiera tener para el acreedor la quiebra del principio del sinalagma funcional (por ejemplo el tipo de interés fijado o el derecho a reclamar la indemnización por costes de cobro). Ésta es, en nuestra opinión, la clave de que, en la modificación de la LMOC no sólo no se haya suprimido ese plazo al que estos últimos autores hacen referencia sino que se haya incluso aumentado.

a) El cómputo del plazo

En la redacción originaria de la LMOC el plazo de 30 días naturales se computaba de la siguiente forma: el *dies a quo* quedaba

¹⁰⁰ ALFARO ÁGUILA-REAL, J., "La nueva regulación del crédito comercial: Una lectura crítica..." p. 18., PERALES VISCASILLAS, M.P., *La morosidad en las operaciones...* cit. p. 163 y RODRIGUEZ RUIZ DE VILLA, "Análisis crítico de la lucha contra la morosidad..." cit., p. 50

¹⁰¹ Así MIRANDA SERRANO, L. M. *Aplazamientos de pago y morosidad...* cit. p. 344

¹⁰² Aunque el plazo, tras la Ley 15/2010 ya no es tan breve, ha pasado de 30 a 60 días.

determinado bien por la recepción de la factura, bien por la recepción de las mercancías o prestación del servicio objeto del contrato. Se daba preferencia a la fecha de recepción de la factura, salvo cuando los bienes o servicios hubieran sido recibidos o realizados con anterioridad a la recepción de la factura. Se establecía así, en este precepto, una regla o principio general conforme al cual el deudor debía pagar en un plazo de 30 días contados desde que hubiera recibido la factura o la solicitud de pago, o desde el momento posterior a la recepción de las mercancías o la prestación de los servicios, a menos que la fecha de recepción de la factura fuese dudosa, en cuyo caso los 30 días se contarían desde la entrega de bienes o la prestación de los servicios¹⁰³. Por último, en los casos en los que existiera un derecho a verificar la conformidad de los bienes o servicios con lo dispuesto en el contrato, *el dies a quo* vendría determinado bien por la aceptación o conformidad del bien o servicio o bien por la recepción de la factura.

La LMOC no contiene una definición de factura, por lo que acudiremos a las elaboraciones doctrinales conforme a las cuales se considera factura¹⁰⁴ el documento que expide el vendedor o prestador

¹⁰³ Conforme al art. 4.2. LMOC, a falta de pacto entre las partes, el plazo de pago será: a) treinta días desde que el deudor haya recibido la factura o una solicitud de pago equivalente, b) treinta días después de la fecha de recepción de las mercancías o prestación de los servicios si la fecha de recibo de la factura o la solicitud de pago equivalente se prestan a dudas, c) treinta días después de la entrega de los bienes o de la prestación de los servicios si el deudor recibe la factura o la solicitud de pago equivalente antes que los bienes o servicios, d) si legalmente o en el contrato se ha dispuesto un procedimiento de aceptación o comprobación mediante el cual deba verificarse la conformidad de los bienes o los servicios con lo dispuesto en el contrato y si el deudor recibe la factura o la solicitud de pago equivalente antes o en la fecha en que tiene lugar dicha aceptación o verificación, treinta días después de esta fecha

¹⁰⁴ Sobre la factura v. URÍA, R., "Contribución al estudio de la factura de compraventa mercantil", AAVV, *Estudios de Derecho Mercantil en homenaje al profesor Antonio Polo*, Madrid, 1981, p. 1153 y GARRIGUES, J., *Tratado de Derecho mercantil*, t. III, vol. 1, Obligaciones y contratos mercantiles, Madrid, 1963, p. 80. Además, ALVARGONZÁLEZ TERRERO, C., "Obligaciones formales en los contratos de consumo: el presupuesto, el resguardo de depósito, la orden de trabajo, la factura y el recibo", en AA.VV. *Derecho de los consumidores y usuarios: (doctrina, normativa, jurisprudencia, formularios)*, dir. Alicia de León Arce, coord. Luz María García García, vol. 1, 2007, pp. 229-260, CRUZ RIVERO, D., "La factura electrónica", *Revista de la contratación electrónica*, nº 82, 2007, pp. 55-75, DÁVARA FERNÁNDEZ DE MARCOS, E., "La factura electrónica", *Diario La Ley*, nº 6959, 2008, MUNGILLO, R.A., "La factura mercantil en la doctrina y jurisprudencia de nuestros tribunales (Su utilización como base del pedido de quiebra al deudor)" *Derecho comercial y de las*

de un servicio en el que se especifican las mercancías, su cantidad, calidad y precio, o se describen los servicios prestados y su precio correspondiente; siendo indiferente la denominación que se emplee, de modo que el documento que reúne los requisitos que se acaban de indicar será factura con independencia de su denominación (vale, nota de pedido, albarán, nota de entrega, minuta). En cuanto al alcance de la expresión “solicitud de pago equivalente”, la LMOC parece utilizarla en sentido equivalente a la factura y por lo tanto como documento que cumple su misma función, esto es, informar al comprador de que se ha entregado, se entrega o se va a entregar una cantidad determinada de mercancías o se han realizado, se realizan o se van a realizar una serie de servicios y su precio. Así, tanto la factura como la solicitud de pago servirán como requerimiento de pago por parte del acreedor al deudor, como se ha ocupado de remarcar el artículo 4 de la LMOC ¹⁰⁵.

Tras la reforma de la LMOC operada por la Ley 15/2010, los 60 días (en lugar de los 30) se cuentan desde la fecha de recepción de las mercancías o de la prestación de los servicios. Creemos que con este criterio del cómputo, se ha intentado mejorar y aclarar la redacción anterior, ya que se fija ahora la fecha de la recepción de mercancías o prestación de servicios como criterio, independientemente del envío de la factura y precisamente para evitar confusiones en los casos en los que estas fechas sean diferentes¹⁰⁶. Valoramos positivamente este cambio al ajustarse de

obligaciones: Revista de doctrina, jurisprudencia, legislación y práctica, nº 208, 2004, pp. 909-919

¹⁰⁵ SÁNCHEZ CALERO, F., *Instituciones de Derecho mercantil...* cit., p. 189

¹⁰⁶ Tras la reforma por la Ley 15/2010 el art. 4.1 indica ahora: que el plazo de pago que debe cumplir el deudor será: a) sesenta días después de la fecha de recepción de las mercancías o prestación de los servicios, b) si el deudor recibe la factura o la solicitud de pago equivalente antes que los bienes o servicios, sesenta días después de la entrega de los bienes o de la prestación de los servicios, c) si legalmente o en el contrato se ha dispuesto un procedimiento de aceptación o de comprobación mediante el cual deba verificarse la conformidad de los bienes con lo dispuesto en el contrato y si el deudor recibe la factura antes de finalizar el período para realizar dicha aceptación, el plazo de pago que debe cumplir el deudor se computará a partir del día de recepción de los bienes o servicios adquiridos y no podrá prolongarse más allá de los sesenta días contados desde la fecha de entrega de la mercancía.

forma más adecuada al principio de protección del acreedor que persigue la normativa sobre morosidad ya que desde el momento en que realiza su prestación el acreedor está concediendo crédito comercial al deudor. Además este criterio también permite frenar posibles maniobras por parte del deudor por las cuales se produzca un retraso en el envío de la factura con el fin de diferir injustificadamente el pago¹⁰⁷. No obstante, aunque estamos de acuerdo con el cambio de criterio del legislador, consideramos que la forma en que se ha llevado a cabo el mismo, una vez más, técnicamente resulta criticable. En primer lugar, porque la ley española se aparta con ello del criterio fijado en la Directiva 2000/35/CE sobre el criterio del cómputo que es el del momento de recepción de la factura o solicitud de pago equivalente. Y en segundo lugar porque, tras establecer en el artículo 4.1 el criterio general del cómputo del plazo desde la recepción o entrega de las mercancías, a continuación, los párrafos 2 a 4 de este artículo se refieren a la recepción de la factura como momento determinante para ese cómputo. Esta descoordinación entre los apartados del artículo 4 tiene su origen en el proceso de elaboración de la Ley 15/2010 durante el cual se modificó la regla general inicialmente propuesta (cómputo en relación con la factura) que se alteró por el de la fecha de recepción de las mercancías o de la prestación del servicio en el párrafo 1 pero siguió haciendo referencia a la factura en los párrafos 2 a 4¹⁰⁸ como trataremos de demostrar en el siguiente epígrafe.

¹⁰⁷ V. MIRANDA SERRANO, L.M., "La reforma del régimen legal..." cit. p. 242 y 243 y BRACHFIELD, P., "Las medidas contra la morosidad de la Ley de Economía sostenible" en <http://www.gestoresde ruego.com/colaboradores/medidas-contra-morosidad-ley-economia-sostenible>

¹⁰⁸ La Proposición de Ley presentada en marzo de 2009 por Convergencia i Unió mantenía el criterio de la factura o solicitud de pago equivalente, pero en el texto aprobado por el Congreso tras las enmiendas del Senado publicado el 19 de abril de 2010 sustituyó ese criterio, en el párrafo 1 del artículo 4, por la fecha de recepción de las mercancías.

b) La trascendencia de la factura a efectos del cómputo del plazo

El nuevo artículo 4 ha introducido cambios en algunas otras cuestiones, así impone, en su apartado 2, a los proveedores la obligación de hacer llegar la factura o la solicitud de pago equivalente a sus clientes antes de que se cumplan treinta días desde la fecha de recepción efectiva de las mercancías o prestación de los servicios¹⁰⁹. De este modo se pone de manifiesto la consideración por parte del legislador de la trascendencia de la factura como documento justificante del pago de la mercancía recibida o del servicio prestado y en todo caso de la obligación de emisión de la misma a efectos fiscales¹¹⁰.

En principio, los treinta días a que se refiere el art. 4.2 son independientes del plazo de pago (60 días) del deudor ya que el criterio general de la Ley obliga a computar este plazo de pago desde la entrega de las mercancías o la prestación de los servicios. No obstante, en ocasiones hasta que no se emite la factura no se conoce el importe de la deuda (habitualmente ello ocurre en los casos de prestaciones de servicios cuyo importe final dependa de las horas trabajadas); en estos casos si la factura no se emite, el retraso en el pago no se podrá imputar al deudor. Pero la Ley no precisa si en estos supuestos el plazo de 30 días para la emisión de la factura juega a favor o en contra del deudor, ya que si el acreedor no fuera diligente y agotara ese plazo de treinta días ello daría lugar a que el

¹⁰⁹ El plazo de 30 días se reconoce tras haber prosperado la enmienda del grupo parlamentario de ER-IU-Iniciativa Per Catalunya Verds (BOCG, Congreso de los Diputados [Serie B, núm. 169-14, 10 de diciembre de 2009, p. 5]) al artículo 4 ya que en la proposición de ley presentada por Convergencia i Unió el plazo era de 5 días. En la justificación a la enmienda se alegaba que se trata de fijar con claridad los plazos de pago y fijar un límite máximo para que el pago se produzca antes de que el deudor incurra en mora

¹¹⁰ El artículo 1 del Real Decreto 1496/2003, de 28 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento por el que se regulan las obligaciones de facturación y se modifica el Reglamento del Impuesto sobre el Valor Añadido impone a los empresarios o profesionales la obligación de emitir facturas de las operaciones que realicen en el desarrollo de su actividad.

plazo de pago para el deudor se redujera en 30 días respecto de los 60 que fija la ley¹¹¹.

El reconocimiento de los avances que las nuevas tecnologías pueden suponer en este ámbito es otra de las novedades de la reforma al establecerse (artículo 4.3) que la recepción de la factura por medios electrónicos producirá los efectos del inicio del cómputo de plazo de pago, siempre que se encuentre garantizada la identidad y autenticidad del firmante, la integridad de la factura y la recepción por el interesado. La redacción, una vez más, es poco afortunada, ya que su interpretación literal indica que en el caso de emisión de facturas electrónicas, el día del inicio del cómputo del plazo sería la fecha de recepción de la factura (es decir se aplica el criterio que regía antes de la modificación llevada a cabo por la Ley 15/2010). Sin embargo, creemos que la interpretación coherente de la norma es la equiparación de los efectos de la factura electrónica y de la factura tradicional¹¹², siempre claro es que esté garantizada la identidad y autenticidad del firmante¹¹³, la integridad de la factura y su recepción por el interesado. Y por lo tanto hay que entender que el inicio del cómputo del plazo en el caso de facturas electrónicas será el mismo que el previsto para las facturas en soporte cartular (la fecha de la recepción de las mercancías o la prestación de los servicios, art. 4.1 LMOC)¹¹⁴.

¹¹¹ Como advierte GÓMEZ LIGÜERRE, C., "El nuevo régimen legal.." cit. p. 23 y 24

¹¹² Conforme a la equivalencia entre el documento papel y el documento electrónico que se deriva de la Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y el comercio electrónico (artículo 23). Hay que tener en cuenta que el artículo 8 del RD 1496/2003, de 28 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento por el que se regulan las obligaciones de facturación, establece que las facturas o documentos sustitutivos podrán expedirse por cualquier medio, en papel o en soporte electrónico, que permita la constatación de su fecha de expedición, su consignación en el libro registro de facturas expedidas y su adecuada conservación

¹¹³ Garantiza la autenticidad del firmante la firma electrónica, regulada en la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica.

¹¹⁴ Este criterio es el que mantiene el *Informe sobre diversas cuestiones interpretativas del régimen jurídico en materia de aplazamientos de pago* que el 28 de septiembre de 2010 emitió el Ministerio de Industria, Turismo y Comercio. En su p. 7 este informe declara que "... la interpretación jurídica del inicio del cómputo del plazo no puede ser divergente habida cuenta que la factura electrónica es la versión electrónica de las facturas tradicionales en

La nueva regulación permite, en el apartado 4 del artículo 4¹¹⁵, agrupar facturas a lo largo de un período determinado no superior a 15 días, mediante una factura comprensiva de todas las entregas realizadas en dicho período (factura resumen periódica) o agrupándolas en un único documento a efectos de facilitar la gestión de su pago (agrupación periódica de facturas) siempre que se tome como fecha de inicio del cómputo del plazo la fecha correspondiente a la mitad del período de la factura resumen periódica o de la agrupación periódica de facturas de que se trate, según el caso, y el plazo de pago no supere los 60 días desde esa fecha. Este nuevo apartado ha supuesto el reconocimiento legal de una práctica comercial muy frecuente y su redacción final (una vez más no muy acertada) refleja el consenso al que se llegó entre las grandes empresas de distribución, partidarias de la agrupación de las facturas y los pequeños y medianos empresarios (agrupados en la Plataforma multisectorial contra la morosidad) contrarios a su reconocimiento a menos que se impusieran ciertos límites. Como puso de manifiesto el *Informe sobre diversas cuestiones interpretativas del régimen jurídico en materia de aplazamientos de pago* que el 28 de septiembre de 2010 emitió el Ministerio de Industria, Turismo y Comercio, esta medida responde a una gestión contable más eficaz y global de las operaciones realizadas durante un determinado período de tiempo y va en la línea de lo establecido en el artículo 11 (facturas recapitulativas) del Reglamento de 28 de noviembre de 2003 por el que se regulan las obligaciones de facturación ya que, en él se dispone la posible inclusión en una sola factura de distintas operaciones realizadas en distintas fechas para un mismo

soporte papel, y debe ser funcional y legalmente equivalente a estas últimas, a lo que además se suma el hecho de que su régimen jurídico mercantil y fiscal es coincidente”.

¹¹⁵ Modificación introducida en el texto aprobado por el Senado el 9 de junio de 2010 BOCG, Senado [Serie III B, núm. 7 (c), 14 de junio de 2010]

destinatario, siempre que se haya efectuado dentro de un mismo mes natural¹¹⁶.

1.4. El devengo automático de los intereses de demora

La segunda de las medidas sustantivas de la LMOC para combatir la morosidad es el devengo automático de los intereses de demora (artículo 5). Ésta ha sido una de las principales modificaciones llevadas a cabo por la Ley 3/2004 y ha supuesto el reconocimiento expreso de la mora con carácter automático, es decir, una supresión del requisito de la *interpellatio morae*, de la intimación o requerimiento de pago al deudor por parte del acreedor. Ciertamente es que en el ámbito mercantil sólo se exigía la intimación para las obligaciones sin plazo de cumplimiento fijado por las partes o por la Ley de acuerdo con el artículo 63.2 C.Com. A los contratos que tuvieran señalado un plazo convencional o legal se aplicaba el principio *dies interpellat pro homine*, mientras que según la teoría general del Derecho, la intimación era una exigencia para la constitución en mora (artículo 1100 C.Cv.) en las obligaciones civiles. La LMOC traslada a todas las relaciones jurídicas a las que se aplica (las operaciones comerciales que den lugar a la entrega de bienes o a la prestación de servicios entre empresas o entre empresas y la Administración) la supresión del requisito de la *interpellatio morae* y por lo tanto en ellas el deudor incurrirá en mora "sin necesidad de aviso de vencimiento ni intimación alguna por parte del acreedor"¹¹⁷.

¹¹⁶ Sin embargo, la Dirección General de Tributos, en su Resolución núm. 2347/2010, de 28 de octubre (JT 2010/1321), declaró que las facturas recapitulativas no son lo mismo que las facturas a las que se refiere el art. 4.4 LMOC, de forma que a las primeras se aplica el artículo 11 del Reglamento por el que se regulan las obligaciones de facturación (que prevé el plazo de un mes) y a las segundas el plazo de 15 días de la LMOC. En la misma línea la Resolución núm. 271/2011, de 7 de febrero (JT 2011/263)

¹¹⁷ La doctrina considera que la LMOC debe ser valorada, en este punto, más positivamente que la Directiva 2000/35 ya que es más preciso hablar de la innecesidad de aviso de vencimiento y de intimación alguna por parte del acreedor, como hace la ley de morosidad en el artículo 5 que sólo de la innecesidad de aviso de vencimiento ("...without the

1.4.1 La supresión de la *interpellatio morae*

Con la supresión de la intimación de la mora en los supuestos indicados el legislador incorpora el contenido de la Directiva 2000/35 al respecto, Directiva que pretende unificar las diferentes soluciones existentes en los Estados miembros de la Unión Europea¹¹⁸ y que sigue las modernas tendencias internacionales del Derecho de obligaciones y contratos, plasmadas en varios instrumentos jurídicos. Por ejemplo en los artículos 59¹¹⁹ y 78¹²⁰ de la Convención de las Naciones Unidas para la compraventa internacional de mercancías (Convenio de Viena de 1980); en el artículo 7.4.9¹²¹ de los Principios de UNIDROIT; en los artículos 8:101¹²², 8:106¹²³ y 9:508¹²⁴ de los

necessity of a reminder..”), como hace la Directiva en su artículo 3, cuando se quiere precisar que no requiere intimación, PERALES VISCASILLAS, M.P., *La morosidad en las operaciones...* cit. p.122 y MIRANDA SERRANO, L. M. *Aplazamientos de pago y morosidad...* cit. p. 255.

¹¹⁸ En el Documento de trabajo de los Servicios de la Comisión sobre los plazos de pago en las transacciones comerciales se constata que algunos Estados miembros exigían la intimación, pero la mayoría no, por lo cual se recomendó seguir este criterio, [Documento de trabajo de la Comisión sobre los plazos de pago en las transacciones comerciales, de 18 noviembre 1992, SEC(92), 2214, p. 24 y 25]

¹¹⁹ Que indica que el comprador deberá pagar el precio en la fecha fijada o que pueda determinarse con arreglo al contrato “y a la presente Convención”, sin necesidad de requerimiento ni de ninguna otra formalidad por parte del vendedor.

¹²⁰ En virtud de lo dispuesto en el art. 78, si una parte no paga el precio o cualquier otra suma adeudada, la otra parte tendrá derecho a percibir los intereses correspondientes, sin perjuicio de toda acción de indemnización de daños y perjuicios exigibles conforme al artículo 74. PANTALEON PRIETO, indica que para que este artículo resulte aplicable basta que exista una deuda pecuniaria vencida del comprador o del vendedor, no es preciso que el acreedor haya exigido el pago al deudor ni que el retraso sea imputable a éste, ni que produzca daño alguno al acreedor (PANTALEON PRIETO, F., “Comentario al artículo 78 CNUCCIM, AAVV, Díez-Picazo (dir. y coord.) *La compraventa internacional de mercaderías. Comentario de la Convención de Viena*, Madrid, Civitas, 1998, pp. 628 y ss.)

¹²¹ Relativo a los intereses por falta de pago de una deuda y en cuya virtud si una parte no paga una suma de dinero cuando es debido, la parte perjudicada tiene derecho a los intereses sobre dicha suma desde el vencimiento de la obligación hasta el momento del pago.

¹²² DÍEZ PICAZO/ROCA/MORALES, comentando este precepto indican que la determinación exacta del momento de cumplimiento de la obligación es especialmente importante en un sistema como el acogido por los PDEC en el que el retraso es una manifestación más del incumplimiento, que opera de modo automático, sin necesidad de requerimiento del acreedor, conforme a los PDEC el retraso implica, por si mismo, incumplimiento, sin necesidad de intimación del acreedor (ibid p. 321) (DÍEZ PICAZO/ROCA/MORALES, *Los principios del Derecho ...*, cit., p. 302)

¹²³ Que prevé las consecuencias jurídicas del incumplimiento de la obligación. Al respecto, VVAA., *Principios de Derecho contractual europeo...* cit. p. 548 y ss.

PDEC (Principios de Derecho europeo de contratos¹²⁵). Más recientemente, en el ámbito del Proyecto de Marco Común de Referencia¹²⁶ (PMCR) que, basándose en los antecedentes internacionales antes citados, se propone conseguir un derecho común europeo¹²⁷, para el supuesto del retraso en el pago del dinero en el ámbito de los contratos, el artículo III-3:708 regula los intereses de demora¹²⁸.

En esta misma línea, en el ámbito español, la Propuesta de Modificación del Código Civil en materia de obligaciones y contratos elaborada por la Comisión General de Codificación¹²⁹, en su artículo 1188 considera que existe incumplimiento cuando el deudor no realiza exactamente la prestación principal o cualquier otro de los deberes que de la realización obligatoria resulten. Incluye por tanto, dentro del concepto incumplimiento al cumplimiento defectuoso y al cumplimiento retrasado, siguiendo así el concepto amplio de incumplimiento al que hemos hecho referencia en el epígrafe 2.1 del capítulo IV. Además, la propuesta de modificación no exige interpelación de la mora, ya que en el artículo 1190 establece que, en caso de incumplimiento, podrá el acreedor exigir el cumplimiento de

¹²⁴ Para el caso de que se produzca un retraso en el pago de una cantidad de dinero, la parte perjudicada tiene derecho a los intereses devengados por esa suma desde el momento en que vencía la obligación hasta el momento efectivo del pago.

¹²⁵ Los Principios del Derecho europeo de contratos (*PECL Principles of European Contract Law*) fueron redactados por la Comisión de Derecho europeo de contratos, constituida entre 1980 y 1982 por iniciativa y bajo la presidencia de Ole Lando, con la finalidad de intentar formular principios jurídicos idóneos que constituyeran el basamento conceptual necesario para la realización de un derecho contractual europeo, como sus redactores pusieron de manifiesto en la Introducción a su texto (*Introduction to the Principles of European Contract Law, La Haya, Kluwer Law Internacional*, noviembre de 1999)

¹²⁶ http://ec.europa.eu/justice/policies/civil/docs/dcfr_outline_edition_en.pdf (*Draft common frame of reference*)

¹²⁷ En palabras de INFANTE RUIZ, F.J., "Entre lo político y lo académico: un Common Frame of Reference de Derecho privado europeo", *Indret*, Barcelona, nº 2, 2008, www.indret.com, el marco común de referencia se sitúa no sólo como recurso dialéctico, sino también como aspiración normativa, respecto de un "derecho común europeo" entre lo político y lo académico.

¹²⁸ Conforme al cual acreedor tiene derecho a cobrar los intereses desde el vencimiento de la obligación hasta el momento en que se realice el pago.

¹²⁹ Publicada en el Boletín de Información del Ministerio de Justicia, año LXIII, enero de 2009 http://www.mjjusticia.gob.es/cs/Satellite/es/1215198250496/Estructura_C/1215198250781/Detalle.html

la obligación, reducir el precio o resolver el contrato y, en cualquiera de estos supuestos, podrá además exigir la indemnización de los daños y perjuicios producidos. La Propuesta de modificación del C.Com. regula el incumplimiento contractual en los artículos 62 y ss. en los que se refiere al incumplimiento “esencial” pero también incluye dentro del concepto de incumplimiento los supuestos de retraso y cumplimiento defectuoso. Dedicó los artículos 67 a 73 a la regulación de la morosidad en el cumplimiento de los contratos mercantiles, en términos similares a la LMOC.

Podría plantearse la duda de si era preciso que el legislador español, al elaborar la LMOC declarase expresamente la supresión de la *interpellatio morae* o si no era preciso que lo hiciera porque ello se deducía de las normas generales sobre obligaciones y contratos. Mientras la regla general en el ámbito civil era la intimación o requerimiento (conforme al artículo 1100 C.Cv.), en el mercantil la regla general era ya la de la mora automática, salvo para aquellas obligaciones que no tuvieran señalado día para su cumplimiento (artículo 63 C.Com.). Téngase en cuenta que la LMOC se aplica a las obligaciones sinalagmáticas, que constituyen una de las excepciones recogidas en el artículo 1100 C.Cv. a la necesidad de intimación por parte del acreedor¹³⁰. Además, la supresión de la *interpellatio morae* encuentra su fundamento en uno de los fines principales de la normativa represora de la morosidad, que es el de proteger a los acreedores para evitar que a los deudores les siga resultando

¹³⁰ Esta afirmación sin embargo, como ya hemos tenido ocasión de indicar en el epígrafe 2.2 de este capítulo, no es pacífica en la doctrina, ya que algunos autores consideran que las obligaciones recíprocas también exigen esa interpelación. Hay que volver aquí a recordar la interesante polémica doctrinal surgida entre quienes sostienen la innecesariedad de la intimación como CRISTOBAL MONTES, A., *La mora del deudor...* cit.pp. 61 y ss., y quienes sostienen la necesidad de la misma en todas las obligaciones recíprocas como ALBALADEJO, M., “La mora en ...” cit. pp. 9 y ss. y GARCÍA PASTOR, M., “La mora en las obligaciones recíprocas: una nueva propuesta”, *RDP*, septiembre 1999, pp. 580 y ss. Nos parece más adecuada la solución intermedia, según la cual el artículo 1100 Cc *in fine* sólo excluye la *interpellatio morae* en las obligaciones recíprocas de cumplimiento simultáneo, pero no en las de cumplimiento diferido, a las que se aplica la LMOC. Esta es la tesis defendida por DÍEZ-PICAZO, L., *Fundamentos del Derecho ...* cit. pp. 643 y ss. y DÍEZ-PICAZO GIMENEZ, G., *La mora y...*cit., pp. 574 y ss. e idem, “La Directiva 2000/35/CE...” cit., pp. 1738 y 1739.

ventajoso retrasar sistemáticamente los pagos¹³¹. Y esta supresión, además, responde a la realidad del tráfico mercantil en el que el dinero es productivo¹³² y a los caracteres del propio Derecho mercantil que utiliza de forma escrupulosa el tiempo y la coyuntura, un derecho flexible y menos rigorista que el Derecho civil.

La aplicación de este principio de devengo automático de intereses en relación con la LMOC se puede constatar en algunas sentencias que se han dictado hasta la fecha en las Audiencias Provinciales¹³³. En estas sentencias se ha reconocido que, en virtud del principio dispositivo, sin perjuicio del devengo automático de intereses de demora ex LMOC, es preciso solicitar el abono de estos intereses en el escrito de demanda.

¹³¹ Insisten en esta idea, entre otros LEMA DEVESA y TATO PLAZA, para quienes el objetivo de la ley es dotar de una tutela eficaz al acreedor, que en no pocas ocasiones se encuentra en situación de dependencia económica en relación con el deudor (LEMA DEVESA, C. y TATO PLAZA, A., "La ley de medidas de lucha contra la morosidad ..."cit. p. 12); ROMERO CANDAU, para quien la LMOC está motivada por la necesidad de proteger a los acreedores en el cobro de sus créditos, (ROMERO CANDAU, P., "Medidas de lucha contra la morosidad..." cit. p. 30) y RODRIGUEZ RUIZ DE VILLA cree que la LMOC concreta un principio de *favor creditoris* respecto de quienes han invertido o anticipado su capital para concertar una operación comercial (RODRIGUEZ RUIZ DE VILLA, "Análisis crítico de la lucha... cit, p. 31) También, MIRANDA SERRANO, L. M. *Aplazamientos de pago y morosidad...* cit. p. 260. Como indica DÍEZ-PICAZO la mora tiene una serie de exigencias formales que se concilian mal con las necesidades de los tiempos modernos (DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos...* cit., p. 624)

¹³² Ya LANGLE, E., *Manual de Derecho mercantil español*, t. III, Barcelona, 1959, p. 13 y GARRIGUES, J., *Curso de Derecho mercantil*, t. II, 1960, p. 69, señalan que la Exposición de Motivos del Ccom. justifica la derogación del Derecho civil y el reconocimiento de la máxima *dies interpellat pro homine* en la presunción fundada en la realidad de la vida mercantil, según la cual los comerciantes no tienen nunca improductivo su capital reputándoseles siempre con la firme voluntad de cobrar lo que se les debe cuando se ha señalado día fijo para el vencimiento de la obligación En esta misma línea URÍA, MENÉNDEZ y VERGEZ, "El contrato mercantil", (Capítulo 57), en Rodrigo Uría y Aurelio Menéndez, *Curso de Derecho mercantil*, II, Madrid, Civitas, 2007, p. 49.

¹³³ Así podemos citar la SAP A Coruña, de 7 de diciembre de 2007 (Jur. 2008/91875) que, en su FJ 13, aunque declara que la LMOC no es aplicable al caso, reconoce que en ella tiene lugar el devengo automático de los intereses, sin perjuicio de su inaplicabilidad de oficio. En la misma línea la SAP Valencia, de 29 de diciembre de 2006 (Jur 2007/235011), en un caso de compraventa mercantil en su FJ 2 recuerda que, en virtud del principio dispositivo que rige el proceso civil, los intereses no se pueden aplicar de oficio, sino que deben ser solicitados en el escrito de demanda, sin perjuicio de reconocer el devengo automático de los mismos. S AP de Barcelona, de 18 de junio de 2012 (Jur/2012/283317) en un contrato de compraventa mercantil en su FJ 3 también pone de manifiesto el carácter automático del devengo de intereses de demora.

1.4.2 Requisitos para que el acreedor pueda exigir el abono de los intereses de demora al deudor

La LMOC exige la concurrencia de dos requisitos para poder reclamar los intereses de demora que se devengan de forma automática, es decir sin necesidad de intimación o requerimiento. Estos dos requisitos, que se detallan en el art. 6, son, en primer lugar, el cumplimiento por el acreedor de sus obligaciones contractuales y legales y en segundo lugar la no recepción en tiempo y forma de la cantidad debida, a menos que el deudor pueda probar que no es responsable del retraso¹³⁴.

a) Por lo que respecta al primer requisito (cumplimiento por el acreedor de sus obligaciones contractuales o legales), parece que representa una concreción de la regla general del artículo 1124 del Código Civil, y especialmente del 1100 (en el que se contempla la *exceptio non adimpleti contractus*): en las obligaciones recíprocas ninguno de los obligados incurre en mora si el otro no cumple o no se allana a cumplir debidamente lo que le incumbe¹³⁵, aunque es cierto que no hay una coincidencia total en la literalidad de ambos preceptos, porque además de que el artículo 1100 C.Cv. se refiere a que “cumple” o se allana a cumplir y el artículo 6 LMOC se refiere sólo a “que haya cumplido”, el artículo 1100 C.Cv. tiene su campo de aplicación en las obligaciones de cumplimiento simultáneo, mientras

¹³⁴ En este sentido, la SAP de Navarra, num. 123/2009, de 8 de septiembre de 2009 (JUR/2010/102739), aplica la LMOC al concurrir los requisitos exigidos en el artículo 6. En su FJ 5 declara “...la procedencia de la condena en intereses pues concurren ambos requisitos necesarios que la Ley 3/2004 en su artículo 6 exige: a) que el acreedor haya cumplido sus obligaciones contractuales y legales, y b) que no haya recibido a tiempo la cantidad debida a menos que deudor pueda probar que no es responsable del retraso”

¹³⁵ Por eso BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, R., “Morosos”... cit. p. 2281 reprocha al legislador español no haber realizado el esfuerzo de suprimir del texto de la LMOC aquello que resulta obvio, y por lo tanto innecesario, por ejemplo la exigencia de haber cumplido las propias obligaciones para poder reclamar los intereses de demora. En los mismos términos se pronuncia la citada I S AP de Navarra de 8 de septiembre de 2009 (RJ 2010/102739) en su FJ 5 declara que “...la mencionada Ley 3/2004 no está sino recordando lo obvio en nuestro Ordenamiento jurídico en cuanto a la exigencia de haber cumplido las propias obligaciones para poder reclamar los intereses de demora...”

que en el caso del artículo 6 LMOC estamos ante obligaciones con pago aplazado, como hemos visto en apartados anteriores.

Lo importante es determinar cuándo el acreedor ha cumplido con sus obligaciones contractuales y legales y cuándo no, ya que sólo en el primero de estos supuestos podrá exigir los intereses de demora al deudor. Pues bien, ni la LMOC ni la Directiva 2000/35, tampoco los Códigos Civil y de Comercio, ni la legislación especial sobre condiciones generales de la contratación, compraventas especiales, contratos de seguros, o de agencia, etc., definen el cumplimiento.

El concepto de cumplimiento es fruto de elaboraciones doctrinales. La doctrina civilista define el cumplimiento como la realización exacta de la prestación debida¹³⁶. Por lo que respecta a las nuevas tendencias del Derecho de obligaciones y contratos en el ámbito de la UE, los PDEC no contienen una definición del cumplimiento, aunque incluyen dentro del incumplimiento tanto si es excusable como si no lo es (al cumplimiento retrasado, al cumplimiento defectuoso y a la infracción de los deberes de cooperación para alcanzar la efectividad del contrato)¹³⁷.

En nuestro Derecho, la Propuesta de Modificación del Código Civil en materia de obligaciones y contratos, en su artículo 1188 considera que hay incumplimiento cuando el deudor no realiza exactamente la prestación principal o cualquier otro de los deberes que de la relación obligatoria resulten. Se incluye por tanto dentro del término

¹³⁶ Para CASTÁN el cumplimiento de la obligación supone la exacta y completa ejecución de la prestación por parte del deudor (CASTÁN TOBEÑAS, J., *Derecho civil español, común y foral*, t. III,....cit, p. 208); según ALBALADEJO, el pago o cumplimiento de la obligación es la ejecución de la prestación debida, que extingue la obligación (ALBALADEJO, M., *Compendio de Derecho Civil*, Bosch, Barcelona, 1970, p. 173), DÍEZ PICAZO, y GULLÓN, entienden por pago o cumplimiento, en un sentido general, el acto de realización de una prestación debida en virtud de una relación obligatoria: "... El pago es, en primer lugar, un acto de cumplimiento del deber jurídico o deuda que sobre el deudor pesa. En segundo lugar, es la manera normal que el deudor tiene de liberarse de la obligación. Finalmente, es la forma de satisfacer el derecho y el interés del acreedor" (DÍEZ PICAZO, L., y GULLÓN, A., *Instituciones de Derecho Civil*, vol. I, ed. Tecnos, Madrid, 1973, p. 383); Para DÍEZ-PICAZO GIMENEZ, G., cumplir la obligación es sinónimo de realizar exacta y totalmente la prestación debida (DÍEZ-PICAZO GIMENEZ, G., *La mora y la responsabilidad...*, cit. p. 348)

¹³⁷ Manejamos la traducción de los PDEC realizada por DIEZ PICAZO, L., ROCA, E. y MORALES, A.M., *Los principios del Derecho...*cit., p. 24. Una traducción muy semejante es la de BARRÉS BENLLOCH, EMBID IRUJO y MARTINEZ SANZ, *Principios de Derecho contractual europeo*, partes I y II, Colegios Notariales de España, 2003, p. 161 y ss.

“incumplimiento” al cumplimiento retrasado y al defectuoso. Acudiendo a las nuevas y más recientes tendencias expuestas para interpretar el artículo 6 LMOC, y de acuerdo con el concepto amplio de incumplimiento al que hemos hecho referencia en el epígrafe 2 del capítulo IV al que nos remitimos, el acreedor no podrá reclamar los intereses de demora en los casos en los que no haya cumplido sus obligaciones contractuales o legales derivadas de la ejecución del contrato, por su ejecución tardía y el deudor podrá por ello oponerse al pago tanto cuando el acreedor ha incumplido totalmente como cuando lo ha hecho de manera parcial o defectuosa.

En cualquier caso, en esta materia, no hay que olvidar que la ejecución y la interpretación de los contratos deben estar siempre presididas por la buena fe¹³⁸ (artículos 7.1 y 1258 del Código Civil y el 57 del Código de Comercio). Al respecto contamos ya con algunas sentencias en las que se ha dejado de aplicar la LMOC en materia de devengo de intereses de demora por no concurrir este primer requisito del cumplimiento de las obligaciones contractuales o legales por parte del acreedor, así la SAP de Madrid, núm.584/2009, de 18 de diciembre de 2009 (Jur/2010/68342) en su FJ 7 rechaza la aplicación de la LMOC en materia de intereses de demora por haberse llevado a cabo una prestación defectuosa, incompleta, de unos servicios de vigilancia. La SAP de Pontevedra, núm.232/2007, de 30 de mayo de 2007 (Jur/2007/303095) que no aplica los intereses de demora de la LMOC (FJ 4) por incumplimiento de la obligación por parte del acreedor, concretamente por cumplimiento defectuoso (defecto de la mercancía entregada¹³⁹). En la SAP de Valladolid, núm.131/2009, de 12 de mayo de 2009 (Jur/2009/282909), en su FJ

¹³⁸ Sobre la buena fe destacamos especialmente las monografías de WIEACKER, F., *El principio general de la buena fe* (Prólogo de Luis Díez-Picazo), Civitas, Madrid, 1977, DE LOS MOZOS, J.L., *El principio de buena fe*, Bosch, Barcelona, 1965 y FERREIRA RUBIO, D.M., *La buena fe. El principio general en el Derecho civil*, Montecorvo, Madrid, 1984

¹³⁹ El defecto de la mercancía consistía en este caso en un vicio de calidad de la leche, concretamente la excesiva acidez

3 se excluye la aplicación de la LMOC por no producirse el cumplimiento “en los exactos y debidos términos pactados”¹⁴⁰.

b) En segundo lugar, para que proceda el devengo y prospere la reclamación de los intereses de demora por el acreedor (artículo 6) es necesario, además de que éste haya cumplido sus obligaciones contractuales o legales, que no haya recibido a tiempo la cantidad debida si bien el deudor puede exonerarse de esta obligación de pago de los intereses si prueba que no es responsable del retraso.

La no recepción tempestiva de la cantidad debida se relaciona con una última cuestión a la que debemos hacer referencia en este punto que es la relativa a la supresión de la exigencia de culpa en el deudor para que tenga lugar la mora y por lo tanto para que surja el derecho del acreedor a reclamar los intereses de demora, esto es, el carácter objetivo del retraso en el pago.

A pesar del silencio del artículo 1100 C.Cv. al respecto, ya la doctrina civilista tradicional¹⁴¹ y una línea jurisprudencial consolidada y sintetizada en la S TS de 3 de julio de 1992 (RJ 1992/6046)¹⁴², entendían que para que el deudor incurriera en mora, debía concurrir culpa. Aunque ya nos hemos referido a esta cuestión en el epígrafe 2.2., queremos recordar aquí que el artículo 1101 C.Cv. prevé dos formas de incumplimiento (morosidad y contravención de la obligación) y dos títulos de imputación (dolo y negligencia), de manera que no puede originarse la responsabilidad contractual si el acreedor no consigue probar no sólo el hecho del incumplimiento por parte del deudor, sino que éste ha sido causado por su dolo o

¹⁴⁰ La prestación consistía en unos trabajos de lacado de puertas y otros elementos accesorios de carpintería. El Tribunal rechaza la aplicación del artículo 6 de la LMOC al haber quedado acreditada la existencia de defectos y anomalías en los trabajos realizados que los hacían inservibles para el fin al que iban destinados, así como la necesidad de proceder a su revisión por otros profesionales del sector

¹⁴¹ CASTÁN TOBEÑAS, J.M., *Derecho civil español, común y...* cit. p. 212. CANO MARTÍNEZ DE VELASCO, J.I., *La mora*, cit. p. 27 y ss.

¹⁴² Cuyo FJ 6 declara que “la mora es el retraso o incumplimiento culpable, no el simple retraso”. Esta sentencia reiteró el criterio que ya se había mantenido entre otras, por ej. en las SS TS de 30 de marzo de 1981 (RJ 1981/1139) y de 26 de junio de 1984 (RJ 1984/3264)

negligencia. De ahí que el concepto de mora se vinculara en la doctrina clásica al retraso culpable en el cumplimiento de la obligación¹⁴³.

Como una evolución de esta doctrina, posteriores comentaristas consideran que el deudor retrasado en el cumplimiento de la obligación incurre en mora y es responsable a menos que pruebe que su retraso se debió a un suceso extraño a su esfera de control (caso fortuito y fuerza mayor), admitiendo que no hay más límites a la responsabilidad del deudor moroso que los del artículo 1105 C.Cv.¹⁴⁴.

En el ámbito mercantil la doctrina está dividida entre los partidarios de la doctrina subjetiva¹⁴⁵, que parte de la presunción de culpabilidad del deudor que por tanto está obligado a demostrar que ha empleado la diligencia debida y que la causa del incumplimiento no fue una negligencia a él imputable, y los partidarios de la doctrina objetiva¹⁴⁶, según la cual el deudor ha de probar la existencia de caso fortuito o fuerza mayor como causa de exclusión de su responsabilidad.

Ante la pregunta de cual de las dos tesis es la asumida por la LMOC algunos autores entienden que la Ley sigue exigiendo la concurrencia de culpa en el deudor para incurrir en mora, (argumento

¹⁴³ Se ocupan de la interpretación de estos preceptos, entre otros, ALBALADEJO GARCÍA, M., "Comentario al artículo 1100 CC"... cit. p. 358, O´CALLAGAHAN MUÑOZ, X. "Comentario al artículo 1100 CC", Código Civil *comentado y con jurisprudencia*, Madrid, La Ley, 2001, p. 1064, PUIG BRUTAU, J. "Voz Mora", *NEJ*, vol. XVI, 1950, p. 645, COCA PAYERAS, M., "Voz mora"... cit. p. 4341, ESPIN CÁNOVAS, D., *Manual de Derecho Español...* cit. p. 204.

¹⁴⁴ Como indica PANTALEÓN PRIETO, nadie responderá de los impedimentos ajenos a su ámbito de control que no hubieran podido preverse al tiempo de contratar o que fueran inevitables. (PANTALEÓN PRIETO, F., "El sistema de responsabilidad contractual. Materiales para un debate", *ADC*, vol. 44, nº 3, 1991 pp. 1019 y ss). V en el mismo sentido DÍEZ-PICAZO GIMENEZ, G., *La mora y la responsabilidad...*, cit. p. 345 y ss.

¹⁴⁵ URÍA, MENÉNDEZ y VERGEZ, "El contrato mercantil...", cit. p. 48 y GARCÍA-PITA Y LASTRES, *Introducción al Derecho de los títulos-valores y de las obligaciones mercantiles*. Obligaciones mercantiles. El contrato mercantil. Las condiciones generales de los contratos, t. II, 3ª ed., Torculo Ediciones SL, Santiago 2002, p. 89, SANCHEZ CALERO, F./SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J., *Instituciones...* cit. p. 172

¹⁴⁶ Por todos, GARRIGUES, J., *Tratado de Derecho mercantil*, t. III vol, I, Madrid 1963, p. 12 y 13

basado en el artículo 6 LMOC)¹⁴⁷; sin embargo otro sector¹⁴⁸ al cual nos adscribimos, considera que la Ley se encuadra en una concepción objetiva de la mora (si bien se tratará de una concepción objetiva no absoluta ya que se admiten algunas causas de exoneración o de exclusión de responsabilidad como el caso fortuito), porque la definición de morosidad del artículo 2 c) no incorpora ningún elemento culpabilístico o subjetivo; como tampoco lo hacen los artículos 5 (mora "automática") y especialmente el 6 (requisitos para que el acreedor pueda exigir los intereses de demora) . Conforme a este último precepto el deudor, para quedar exonerado de responsabilidad, no tiene que probar el empleo de la diligencia debida sino la concurrencia de un caso fortuito¹⁴⁹ o fuerza mayor.

Téngase en cuenta, además, la conveniencia de interpretar la LMOC conforme a las modernas tendencias del Derecho de obligaciones y contratos según las cuales, tanto el deber de indemnizar que recae sobre el deudor incumplidor como la exoneración de este deber no se construyen sobre el presupuesto de

¹⁴⁷ Entre ellos AGUILLAUME GANDASEGUI, que considera que la definición de morosidad del artículo 2 dice bien poco, pues se limita a conceptualarla como el incumplimiento de los plazos contractuales o legales de pago. Al preguntarse si la ley requiere o no culpa del deudor entiende que debe concurrir, como se deduce, en su opinión, de los artículos 6 b y 8.2, de modo que la definición del artículo 2 es incompleta (AGUILLAUME GANDASEGUI, G. "El ámbito de aplicación..."cit., p. 11); ROMERO CANDAU, P. *Medidas de lucha...* cit. p. 35., considera que la ley no ha alterado el requisito de la culpabilidad, aunque el artículo 6 no habla de culpabilidad del deudor en el retraso sino de que pruebe que no es responsable del mismo, por lo que habrá que estar a su conducta negligente o dolosa para alcanzarle un mayor grado de responsabilidad. (ROMERO CANDAU, P. *Medidas de lucha...* cit. p. 35). En la misma línea ESTUPIÑÁN CÁCERES, R., "El proyecto de ley...", cit. p. 1770-1771.

¹⁴⁸ Entre ellos PERALES VISCASILLAS, M.P. para quien se va consolidando la moderna tendencia doctrinal que rechaza que el retraso en el cumplimiento requiera de la culpa del deudor y, en consecuencia, el sistema de responsabilidad por culpa evoluciona a uno de índole objetiva (PERALES VISCASILLAS, M.P., *La morosidad en las operaciones...* cit. p.124) y MIRANDA SERRANO, quien matiza ese concepto objetivo y lo califica como sistema objetivo no absoluto, al admitir causas de exoneración o exclusión de responsabilidad como el caso fortuito (op.cit. p. 270) MIRANDA SERRANO, L. M. *Aplazamientos de pago y morosidad...* cit. p. 266.

¹⁴⁹ En opinión de ZAHINO RUIZ, M.L., "La transposición de la Directiva 2000/35/CE..." cit. p. 361 y 362, se trata de una norma de difícil aplicación en la práctica pues hay que tener en cuenta que la Directiva e, igualmente, la ley española tienen por objeto adoptar medidas eficaces para combatir la morosidad en el pago de deudas dinerarias y difícilmente podrá el deudor aportar alguna prueba que le exonere de responsabilidad atendida la regla *genus nunquam perit*.

la culpabilidad¹⁵⁰, de forma que el deudor podrá exonerarse cuando demuestre que no es responsable del retraso. No obstante, el TJUE en su Sentencia de 3 de abril de 2008, en el asunto C-306/06 (de cuyo estudio nos hemos ocupado en el capítulo II), parece que se muestra partidario de la tesis subjetiva. En el párrafo 30 de la sentencia, cuando se refiere a la interpretación del artículo 3.1 c) ii de la Directiva 2000/35 (incorporado a nuestro Derecho en el artículo 6 de la LMOC) declara que la Directiva excluye el pago de intereses de demora en los casos en los que el retraso del pago no es consecuencia del comportamiento del deudor, que tuvo en cuenta “diligentemente” los plazos normalmente necesarios para la ejecución, en el supuesto de hecho de la S TJUE, de una transferencia bancaria.

La jurisprudencia menor sobre la LMOC ha tenido ocasión de pronunciarse al respecto; así, la ya citada SAP de Navarra de 8 de septiembre de 2009 (Jur/2010/102739) reconoce, en su FJ 5 la aplicación de la ley al concurrir los dos requisitos exigidos por el artículo 6, (en un caso de compraventa de soportes de material audiovisual), también la SAP de Jaén, de 12 de marzo de 2010 (Jur 2010/207713) en su FJ 2 y la SAP de Barcelona de 18 de junio de 2012 (Jur 2012/283317) en su FJ 2, en sendos contratos de compraventa, se pronuncian en el mismo sentido. Pero estas sentencias no han entrado a analizar el fondo de estas cuestiones; simplemente han reconocido la aplicación de la norma por el concurso de los dos requisitos para su exigibilidad pero sin argumentar ningún razonamiento que haga referencia a la cuestión que acabamos de tratar. Hubiera sido deseable un pronunciamiento expreso que podría

¹⁵⁰ Manifestación de estas modernas tendencias son los artículos 8108 y 9501 de los PDEC y el artículo 45 CNUCCIM. Pueden consultarse en las siguientes páginas web: los PDEC en <http://campus.usal.es/~derinfo/Material/LegOblContr/PECL%20I+II.pdf> y los preceptos de CNUCCIM en http://www.uncitral.org/uncitral/es/uncitral_texts/sale_goods/1980CISG.html vease los comentarios a estos preceptos por DÍEZ PICAZO, L., ROCA TRÍAS, E., MORALES MORENO, A.M., *Los principios de derecho...* cit. p. 379

ayudar como un criterio interpretativo del precepto de cuyo estudio nos hemos ocupado en este epígrafe.

1.5 La fijación del tipo de interés de demora

Junto al reconocimiento del devengo automático de los intereses de demora si concurren las circunstancias del artículo 6 LMOC, otra de las principales novedades que la Ley ha introducido en el ordenamiento jurídico español ha sido la fijación del tipo de interés de demora aplicable en defecto de pacto entre las partes (artículo 7). Con carácter previo al análisis de esta norma, queremos detenernos aunque sea brevemente en el concepto de intereses de demora.

1.5.1 Delimitación previa del concepto de intereses de demora

Antes de entrar en el análisis del tipo de interés de demora en la LMOC, habremos de delimitar el concepto de intereses y concretamente de intereses de demora.

a) Delimitación del concepto de interés

No existe un concepto legal de intereses en Derecho español¹⁵¹. Debemos entonces, acudir a las aportaciones de nuestra mejor doctrina.

Con LACRUZ BERDEJO podemos decir que la deuda pecuniaria es apta para producir intereses, esto es, retribución o indemnización por la retención de un capital líquido ajeno, consistentes en una parte

¹⁵¹ El DRAE define el interés, en su primera acepción como “provecho, utilidad o ganancia”. En la segunda como “valor de algo” y en la tercera como el “lucro producido por el capital”. Y el interés de demora como el que debe abonar el deudor moroso

alícuota de ese capital por unidad de tiempo¹⁵². Podemos delimitar el interés con referencia a la ventaja por la liquidez monetaria (o poder patrimonial abstracto de adquisición) de la que ha disfrutado, directa o indirectamente, el sujeto al que la ley impone la obligación de pagar los intereses¹⁵³.

Dentro del concepto de intereses, la doctrina¹⁵⁴ y la jurisprudencia¹⁵⁵ han diferenciado entre los intereses remuneratorios y los intereses moratorios. Los primeros (ejemplo de los cuales serían los previstos en los artículos 1775 C.Cv. y 314 C.Com.) suponen una contraprestación por la entrega del capital prestado, por la disponibilidad del capital concedida al deudor y tienen un carácter retributivo. Los intereses moratorios, sin embargo, cumplirán una función indemnizatoria de los daños y perjuicios derivados del incumplimiento contractual que supone la mora, ya que implican el resarcimiento del daño causado al acreedor por la tardanza en el cumplimiento de su obligación pecuniaria por parte del deudor¹⁵⁶, y se consideran incluidos entre este tipo de intereses los de los artículos 1108 C.Cv., 316 C.Com. y 20 LCS. No obstante, esta distinción no nos debe impedir partir de un concepto unitario del interés ya que en realidad los intereses moratorios también cumplen

¹⁵² LACRUZ BERDEJO, J.L., *Elementos de Derecho civil II*, vol, 1º, Parte general, Teoría General del contrato, Madrid, Dykinson, 2007, p. 55

¹⁵³ ROJO AJURIA, L., Voz "intereses", *EJB*, vol. III, 1995, p. 3666. Se han ocupado del estudio del concepto de intereses, sobre todo, DÍEZ-PICAZO, L., *Fundamentos de Derecho civil patrimonial...* cit., del mismo autor, "Comentarios a los artículos 1108 y 1966", *Comentario del Código Civil II*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991; GARCÍA AMIGÓ, M., "Comentario al artículo 1109", *Comentario del Código Civil II*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991; LACRUZ BERDEJO, J.L., *Elementos de Derecho civil II*, vol, 1º, cit. p. 55 ; RUIZ-RICO RUIZ, J.M., "Comentarios a los artículos 1108 y 1109", *Comentario al Código Civil y Compilaciones forales*, XV, 1º, Madrid, 1989, pp. 752 a 918

¹⁵⁴ Así MÓXICA ROMÁN, J. *La cuenta corriente bancaria. Análisis de Doctrina y Jurisprudencia. Formularios*, Aranzadi, Pamplona, 1997, p. 219, SABATER BAYLE, F., *Préstamo con interés, usura y cláusulas de estabilización*, Aranzadi, Pamplona, 1986, p. 105, VEGA GARCÍA, F. "La deuda de intereses (Sentencia de 30 de enero de 1985 de la Sala primera de la excelentísima Audiencia Territorial de Palma de Mallorca)" *RDBB*, 24, octubre-diciembre, 1986, p. 868, ORDÁS ALONSO, M., *El interés de demora*, Thomson Aranzadi, 2004, pp. 16 y ss.

¹⁵⁵ SS TS de 31 de enero de 1956, 22 de octubre de 1984 (RJ/1984/4910), 12 de marzo de 1991 (RJ/1991/2215), 13 de abril de 1992 (RJ/1992/3100)

¹⁵⁶ CARDENAL FERNÁNDEZ, J., *El tiempo en el cumplimiento...* cit. p. 255

la función de compensar por la indisponibilidad del capital por parte del acreedor debido al retraso en su devolución por el deudor¹⁵⁷.

Si atendemos al acto del que surgen, podemos diferenciar también entre los intereses legales, cuyo origen se encuentra en una disposición normativa e intereses convencionales, que nacen de la voluntad de los contratantes plasmada en el acuerdo que hayan celebrado. En este sentido, los intereses moratorios son intereses legales, en tanto que su origen es una disposición normativa (el artículo 1108 C.Cv.). Nos parece oportuno hacer aquí una aclaración terminológica: cuando utilizamos el concepto legal refiriéndonos a los intereses una cosa significará el origen legal (en este sentido los intereses de demora, como acabamos de indicar, son intereses legales, ya que tienen su origen en una disposición legal, el artículo 1108 C.Cv.) y otra la cuantía legal, en ese sentido, los intereses de demora pueden tener una cuantía convencional (si se pacta su importe) o legal (cuando no se haya pactado el importe devengarán el interés legal en los términos que más adelante indicaremos).

b) Los intereses de demora

Al ocuparse de los intereses, la doctrina española ha centrado su análisis en el problema de los intereses legales en relación con la indemnización por mora de las deudas monetarias (artículo 1108 C.Cv.¹⁵⁸). Las dos principales características de la deuda de intereses son el que se trata siempre de una deuda pecuniaria (pago de una suma de dinero¹⁵⁹) y que la obligación de pagar intereses es

¹⁵⁷ RUIZ-RICO RUIZ, J.M., "Comentarios al artículo 1108..." cit.p. 758. ORDÁS ALONSO, M., *El interés de demora...* cit. p. 19

¹⁵⁸ DÍEZ-PICAZO, L., "Comentarios al artículo 1108..." cit. pp. 62 a 64, RUIZ-RICO RUIZ, J.M., "Comentarios al artículo 1108..." cit. p. 752 y ss.

¹⁵⁹ El Código Civil se refiere al pago de una "cantidad de dinero", lo cual dio lugar a plantear si se incluirían dentro de esta expresión solo las deudas de suma o si también sería posible entender comprendidas las deudas de valor, la opinión dominante en España restringe a las primeras la aplicación del precepto, v. BELTRÁN DE HEREDIA Y CASTAÑO, J., *El cumplimiento de ...* cit. p. 215, RUIZ-RICO RUIZ indica que las deudas de suma fueron las

accesoria de la obligación principal de restitución o de entrega del capital disfrutado o utilizado. Conforme al artículo 1108 del Código Civil, si la obligación consiste en el pago de una cantidad de dinero y el deudor incurre en mora, la indemnización de daños y perjuicios, no habiendo pacto en contrario, consistirá en el pago de los intereses convenidos y, a falta de convenio, el interés legal. Este precepto supone una manifestación del principio de autonomía de la voluntad por el cual el acreedor y el deudor pueden, por una parte, pactar una forma de indemnización de los daños no forfaitaria (por ejemplo una suma alzada) ya que se utiliza la expresión “no habiendo pacto en contrario” y por otra, pueden estipular un interés de demora mayor o menor del interés fijado legalmente¹⁶⁰, sin otros límites que los derivados del artículo 1255 C.Cv. y de la posible aplicación de la Ley de 23 de julio de 1908 de represión de la usura¹⁶¹, norma que, según la mayor parte de la doctrina que se ocupa de estudiar esta cuestión es aplicable a los intereses de demora¹⁶². La jurisprudencia menor se había pronunciado en este mismo sentido al admitir la aplicación de la Ley de usura a los intereses, sean del tipo que sean¹⁶³. Sin

principalmente consideradas por el redactor del Código (RUIZ-RICO RUIZ, J.M., “Comentarios al artículo 1108...” cit. p. 761)

¹⁶⁰ Para RUIZ-RICO RUIZ nada obsta a que este interés convencional sea fruto del acuerdo, no ya coetáneo al contrato del que procede la obligación principal dineraria, sino incluso posterior a éste y eficaz con carácter retroactivo (RUIZ-RICO RUIZ, J.M., “Comentarios al artículo 1108...” cit. p. 813)

¹⁶¹ No obstante, hay que tener en cuenta también, en la materia que nos ocupa, la posible condición de abusivas de las cláusulas contractuales que fijen tipos de interés diferentes al legal, como hemos desarrollado ya en el epígrafe 4.2 del capítulo IV.

¹⁶² Así SANTOS BRIZ, J. “Comentario a los artículos 1108 y 1109 del Código Civil”, *Comentario del Código Civil*, Bosch, Barcelona, 2000, p. 156, SOTO NIETO, F., “Intereses moratorios y de rescuento en las condenas al pago de cantidad líquida”, *Estudios jurídicos varios*, t. I, Montecorvo, 1983, p. 223, MUÑOZ CERVERA, M., “El interés y la usura”, *Crédito al consumo y transparencia bancaria*, (coord. Ubaldo Nieto Carol), Civitas, Madrid, 1998, p. 865; ORDÁS ALONSO, M., *El interés de demora...* cit. p. 108. RUIZ-RICO RUIZ, se muestra favorable a la aplicación de la Ley de usura a toda clase de contratos, y a toda clase de intereses, incluidos por tanto los moratorios (RUIZ-RICO RUIZ, J.M., “Comentarios al artículo 1108...” cit. p. 824 y ss)

¹⁶³ Por ejemplo en S AP de Asturias de 22 de enero de 1993 (Jur/1993/32), S AP de Burgos de 17 de diciembre de 1998 (Jur/1998/2591), S AP de Tarragona de 20 de febrero de 1999 (Jur/1999/4527), S AP de Soria de 12 de marzo de 1999 (Jur/1999/787), SS AP de Barcelona de 9 de junio de 1999 (Jur/1999/1509) y de 1 de abril de 2000 (Jur/2000/2159), S AP de Vizcaya de 8 de marzo de 2001 (Jur/2001/487) , S AP de Madrid de 7 de febrero de 2005 (Jur/2005/269), S AP de Barcelona de 28 de diciembre de 2009 (Jur/2010/107905)

embargo recientemente el Tribunal Supremo¹⁶⁴, ha declarado que los intereses de demora no son encuadrables en la Ley de 23 de julio de 1908 de represión de la usura ya que no tienen la naturaleza jurídica de intereses reales, sino que se califican como de sanción o pena con el fin de indemnizar los perjuicios causados por el retraso del deudor en el cumplimiento de sus obligaciones, lo que hace que no se tome en cuenta si exceden o no del interés normal del dinero, ni cabe configurarlos como leoninos, ni encuadrarlos en la Ley de 23 de julio de 1908.

c) Los tipos de intereses legales

Si no se han pactado intereses, habrá de abonarse el interés legal, cuya cuantía se encuentra establecida en la ley, cuantía que se fija anualmente en la Ley de Presupuestos Generales del Estado¹⁶⁵. El tipo de interés legal es el que se aplica como indemnización de daños y perjuicios cuando el deudor deja de pagar y no se ha pactado un tipo determinado. Además, el interés legal sirve de referencia para otras normas legales o pactos en contratos en este sentido.

Existen también, además del interés legal general y, como publica el Banco de España¹⁶⁶, otros tipos de interés que se califican como tipos legales por estar definidos por normas con rango de Ley. Así, el tipo de interés previsto en la Ley de Enjuiciamiento Civil, el interés de demora a efectos tributarios y el interés de demora para operaciones

¹⁶⁴ STS num. 430/2009, de 4 de junio (RJ/2009/4747) que cita la S TS de 2 de octubre de 2001 (RJ/2001/7141)

¹⁶⁵ A partir de la Ley 24/1984, de 29 de junio, de modificación del tipo de interés legal del dinero, cuyo artículo 1 establece que el interés legal del dinero se determinará en la ley de Presupuestos Generales del Estado; añadiendo su párrafo 2 que el Gobierno, atendiendo a la evolución de los tipos de interés de la Deuda Pública, podrá revisar el tipo de interés fijado en el ejercicio por la Ley de Presupuestos Generales del Estado. En su redacción originaria el artículo 1108.2 de Código Civil estableció el interés legal en un 6% a no ser que el Gobierno fijase otro diferente. La Ley de 2 de agosto de 1899 lo redujo al 5% y la de 7 de octubre de 1939 lo fijó en un 4% anual. Esta Ley estuvo vigente hasta su derogación por la mencionada Ley 24/1984 en los términos indicados

¹⁶⁶ <http://www.bde.es/clientebanca/tipo/referencia/otros.htm>

comerciales. Al interés legal acabamos de referirnos, del interés de demora para operaciones comerciales vamos a ocuparnos a continuación y el tipo de interés de la Ley de Enjuiciamiento Civil¹⁶⁷ es el que se aplica en los casos de ejecución de sentencia que condene al pago de una cantidad líquida. El tipo de interés de demora a efectos tributarios, desde 1985, es el tipo de interés legal del dinero incrementado en un 25 %, salvo que la Ley de Presupuestos Generales del Estado establezca otro¹⁶⁸. Por último, también algunas normas fijan otros tipos de interés a los que algún autor califica de interés legal especial¹⁶⁹ por su falta de capacidad expansiva, así por ejemplo podemos citar los previstos en la Ley 57/1968, de 27 de julio, reguladora de las percepciones de cantidades anticipadas en la construcción y venta de viviendas (que en su artículo 2 a) fija un interés de un 6% anual) o el Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores que en su artículo 29.3 que fija el interés por mora en el pago del salario en un 10% de lo adeudado o también la Ley 50/1980, de 8 de octubre del contrato de seguro que en su artículo 20.4 incrementa en un 50% el interés legal del dinero en caso de mora del asegurador.

d) El anatocismo

Para concluir con la delimitación del concepto de intereses, debemos aludir a una última cuestión: el anatocismo (que los

¹⁶⁷ El artículo 576 de la LEC mantiene el interés anual calculado como el tipo de interés legal más dos puntos, salvo pacto de las partes o disposición especial de la Ley en contrario.

¹⁶⁸ El art. 58 de la Ley General Tributaria, de 28 de diciembre de 1963, estableció en su apartado 2: "el interés de demora será el legal del dinero". El Decreto-Ley 6/1974, de 27 de noviembre, de Ordenación Económica, estableció que el interés de demora sería el básico del Banco de España vigente al tiempo de practicarse la liquidación. La Ley 10/1985, de 26 de abril, de Modificación parcial de la Ley General Tributaria, modificó el art. 58.2, estableciendo que "el interés de demora será el interés legal del dinero vigente el día que comience el devengo de aquel, incrementado en un 25%, salvo que la Ley de Presupuestos Generales del Estado establezca uno diferente". Desde entonces, las sucesivas Leyes de Presupuestos Generales han ido fijando cada año el tipo de interés de demora.

¹⁶⁹ LASARTE ÁLVAREZ, C. "La deuda de intereses", *AAMN*, t. 35, 1996, p. 141

intereses vencidos se incorporen al capital y produzcan nuevos intereses¹⁷⁰). Por anatocismo debemos entender los intereses de los intereses, si se capitalizan ya no se trata de anatocismo *strictu sensu*, como mucho una acepción amplia del término. Se encuentra regulado en el artículo 1109 del Código Civil cuyo párrafo primero declara que los intereses vencidos devengan el interés legal desde que son judicialmente reclamados, aunque la obligación haya guardado silencio sobre este punto. Conforme a ello para que tenga lugar el anatocismo será preciso que los intereses estén vencidos, es decir que habiendo llegado el momento del pago de los intereses la obligación no se haya satisfecho. Además, el precepto exige que sean judicialmente reclamados excluyendo por tanto la reclamación extrajudicial¹⁷¹. Por lo que respecta a los contratos mercantiles, el artículo 1109.2º C.Cv. remite al Código de Comercio. La regulación del anatocismo en este cuerpo legal aparece en el artículo 317¹⁷², en sede de contrato de préstamo mercantil (entendemos que es extensivo al resto de los contratos mercantiles). Este precepto plantea problemas de interpretación ya que parece contradictorio lo dispuesto en las dos frases que lo componen; la primera de ellas ha llevado a parte de la doctrina a considerar que en el ámbito mercantil, a diferencia del civil, está prohibido con carácter general el anatocismo¹⁷³. Sin embargo, para otros autores¹⁷⁴, hay que prescindir

¹⁷⁰ Conforme al concepto dado por la doctrina civilista, así CASTÁN TOBEÑAS, J., *Derecho civil...* cit. p. 70, DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., *Fundamentos...* cit. p. 492

¹⁷¹ Con objeto de proteger al deudor al evitar que la cantidad que hubiera que satisfacer crezca de forma exagerada, como indica ÁLVAREZ OLALLA, P., "Comentario a los artículos 1108 y 1109", *Comentarios al Código Civil*, Pamplona, 2011, p. 1297. No obstante, en opinión de algunos autores como RUIZ-RICO RUIZ, J.M. este punto debería ser modificado para adaptarlo a las circunstancias actuales ya que hoy en día muchos requerimientos extrajudiciales conllevan mayores garantías que los judiciales y además debería coordinarse con el art. 1108 CCv. que permite la reclamación extrajudicial para los intereses moratorios simples (RUIZ-RICO RUIZ, J.M., "Comentario al artículo 1109..." cit. p. 850)

¹⁷² Artículo 317 C.com.: "Los intereses vencidos y no pagados no devengarán intereses. Los contratantes podrán, sin embargo, capitalizar los intereses líquidos y no satisfechos que, como aumento de capital, devengarán nuevos réditos"

¹⁷³ En esta línea GARRIGUES, J., *Curso de Derecho mercantil...* cit. p. 154, SANCHEZ CALERO, F., *Instituciones de Derecho Mercantil*, 34º ed. vol.II, Navarra, 2011, p. 388, CORTES DOMÍNGUEZ, L.J., capítulo 73 contratos bancarios I, en URÍA, R., MENÉNDEZ, A., *Curso de Derecho mercantil II*, Thomson Civitas, 2007, p. 531; CANO RICO, J.R., *Manual*

de lo que dispone la primera parte del artículo 317 C.Com. y considerar que se permite el anatocismo conforme a lo establecido en la segunda parte de este precepto y en el artículo 316 C.Com.¹⁷⁵. Una tercera postura doctrinal¹⁷⁶ niega la existencia de contradicción entre los artículos 316 y 317 y considera que cuando este último precepto declara que los intereses vencidos y no pagados no devengarán intereses se está refiriendo a los ya devengados pero no satisfechos (así al interés compuesto) por no ser todavía exigibles mientras que la segunda parte del artículo 317 y el 316.1º se refieren a los intereses devengados y no satisfechos (pero no por ser exigibles sino por incumplimiento imputable al deudor). Esta última postura considera que mientras la prohibición del 317 se refiere a los intereses “vencidos y no pagados”, el propio precepto permite capitalizar los intereses líquidos y no satisfechos¹⁷⁷. En nuestra opinión¹⁷⁸, la función del artículo 317 C.Com. en su primera parte es excluir al contrato de préstamo de la regla general de la mora automática en las obligaciones mercantiles con la simple llegada del vencimiento. Será necesario un requerimiento de pago al deudor para que tenga lugar el devengo de los intereses simples ya vencidos, lo que no impide pacto en contrario. El anatocismo convencional estaría permitido en todos los contratos con los límites de la Ley de Usura.

práctico de contratación mercantil, Tecnos, Madrid 1985, p. 212, y QUINTANO RIPOLLÉS, A. “Usura civil y usura penal”, *RDP*, 1965, p. 275

¹⁷⁴ Siguen este criterio RODRÍGUEZ ESPEJO, J. “El interés de los préstamos bancarios: anatocismo, liquidación anticipada, intereses remuneratorios y moratorios (Comentario a la Sentencia de la Audiencia Territorial de Madrid de 2 de diciembre de 1984)”, *RDBB*, 21, enero-marzo, 1986, p. 192 y ss. y VEGA PÉREZ, F., “La deuda de interés (Sentencia de la AT de Palma de Mallorca, Sala 1ª, de 30 de enero de 1985)”, en AA.VV., *Comentarios a jurisprudencia de Derecho bancario y cambiario* (coord. Francisco Javier Sánchez Calero, Juan Sánchez-Calero Guilarte), vol. II, 1993, pp. 119-140

¹⁷⁵ El artículo 316,1º C.com. dispone: “Los deudores que demoren el pago de sus deudas después de vencidas, deberán satisfacer desde el día siguiente al del vencimiento el interés pactado para este caso o, en su defecto, el legal”

¹⁷⁶ Mantenido por GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, J.A., “Contratación bancaria y consumo. Algunas consideraciones en torno al artículo 10 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios”, *RDBB*, 30, 1988, pp. 299 y 300.

¹⁷⁷ Según RUIZ-RICO RUIZ, GARCÍA-CRUCES confunde intereses devengados con intereses vencidos y no hay duda de que el artículo 319 lo que prohíbe es el devengo de interés sobre los vencidos, es decir, aquellos que llegado el momento fijado convencionalmente para el pago no son satisfechos (RUIZ-RICO RUIZ, J.M., “Comentario al artículo 1109...” cit. p. 911)

¹⁷⁸ Como mantienen ORDÁS ALONSO, M., *El interés de demora...* cit. p. 183 y RUIZ-RICO RUIZ, J.M., “Comentarios al artículo 1108...” cit. p. 913

Para las obligaciones mercantiles diferentes del préstamo, conforme al artículo 63.1 C.Com., existiría un anatocismo legal automático, sin necesidad de reclamación judicial, que en el caso del préstamo mercantil estaría prohibido según el artículo 317 CCom. Por último, y en relación con lo expuesto, queremos recordar que conforme a la regulación establecida en la legislación mercantil, se ha puesto de manifiesto un tradicional rechazo hacia el anatocismo legal, mientras que se legitimaba el anatocismo convencional y que en la práctica bancaria el anatocismo convencional constituye la regla de aplicación general¹⁷⁹.

1.5.2 La determinación del interés de demora

En las operaciones comerciales a las que se refiere la LMOC, el interés de demora que el deudor deberá pagar será, en primer lugar, el pactado según establece en su artículo 7.1 LMOC, y en defecto de pacto, se deberá pagar el tipo de interés legal de demora que este mismo precepto reconoce en su párrafo 2 en cuya virtud: “El tipo legal de interés de demora que el deudor estará obligado a pagar será la suma del tipo de interés aplicado por el Banco Central Europeo a su más reciente operación principal de financiación efectuada antes del primer día del semestre natural de que se trate más siete puntos porcentuales”¹⁸⁰. De este modo, la ley reconoce el principio de autonomía de la voluntad de las partes en cuanto a la fijación del tipo de interés de demora, de acuerdo con el artículo 3.1

¹⁷⁹ LASARTE ÁLVAREZ, C. “La deuda de intereses”...cit., p. 136. Éste ha sido el criterio mantenido por el TS, entre otras, en las SS de 10 de julio de 1990 (RJ 1990/5791), de 8 de noviembre de 1994 (RJ/1994/8477), de 4 de junio de 2009 (RJ/2009/4747)

¹⁸⁰ En el BOE de 30 de junio de 2012 se publicó la Resolución de 26 de junio de 2012 de la Secretaría General del Tesoro y de Política Financiera, por la que publica el tipo legal de interés de demora aplicable a las operaciones comerciales durante el segundo semestre natural del año 2012. En ella se establece que, dado que el tipo de interés aplicado por el BCE en el primer semestre de 2012 ha sido del 1,00%, a los efectos de lo previsto en el artículo 7 LMOC, el tipo legal de interés de demora a aplicar durante el segundo semestre natural de 2012 es del 8,00%.

d) de la Directiva. Pero esta libertad de pacto se encuentra limitada por el artículo 9 LMOC que, como hemos tenido la oportunidad de constatar en páginas anteriores, considera abusivas¹⁸¹ y por lo tanto nulas las cláusulas sobre tipos de interés que se aparten del tipo legal fijado en el artículo 7.2, a no ser que existan razones objetivas que justifiquen ese alejamiento de lo dispuesto en la norma, especialmente cuando el distanciamiento consiste en establecer intereses de demora inferiores a los legales, dada la finalidad protectora de los acreedores inherente a la LMOC. Según lo que hemos visto en el epígrafe 4.2 del capítulo IV al analizar las cláusulas abusivas, estas razones objetivas pueden provenir de la naturaleza del producto o servicio, de la prestación de garantías adicionales, de los usos del comercio y de la naturaleza del contrato que se haya llevado a cabo (art. 9.1 LMOC)

Otro límite legal a la libertad de pacto sobre el tipo de interés, en este caso aplicable sólo a las relaciones entre proveedores y comerciantes minoristas, se encuentra en el artículo 17.5 LOCM conforme al cual el tipo aplicable para determinar la cuantía de los intereses será el previsto en el artículo 7 LMOC (por tanto el del BCE incrementado en siete puntos) salvo que las partes hubieran acordado en el contrato un tipo distinto, que en ningún caso podrá ser inferior al señalado para el interés legal incrementado en un 50 por 100¹⁸². Así por ejemplo, si este año 2012 el tipo de interés legal es de un 4% y el tipo de interés de la LMOC es de un 8.00% (el tipo del BCE es del 1% al que hay que sumar 7 puntos) conforme al artículo 17.5 LOCM los proveedores y comerciantes podrán pactar el interés de demora que consideren siempre que no sea inferior a un 6% y en defecto de este pacto el interés que se les aplicará será el 8.00%.

¹⁸¹ Sobre las cláusulas abusivas en este punto nos remitimos a lo tratado ya en el epígrafe 4.2 del capítulo IV

¹⁸² Se refieren a ello LEMA DEVESA, C. y TATO PLAZA, A., "La ley de medidas de lucha contra la morosidad ..."cit. p. 15 y PERALES VISCASILLAS, M.P., *La morosidad en las operaciones...* cit. p. 216

El principal objetivo de la Ley de cuyo estudio nos ocupamos es combatir la morosidad, de ahí que, acertadamente el legislador establece un alto tipo de interés de demora¹⁸³. Este incremento de 7 puntos lo reconoce el artículo 3.1 d) de la Directiva 2000/35 como un mínimo que los Estados miembros podían elevar¹⁸⁴, cosa que no ha hecho el legislador español manteniendo esos siete puntos. Este tipo de interés de demora se aplicará en los seis meses siguientes a su fijación, (artículo 7.2., tercer párrafo). El Ministerio de Economía y Hacienda, tiene la obligación de publicar semestralmente en el BOE este tipo de interés legal (artículo 7.3 LMOC); con la intención, muy probablemente, de aclarar y de evitar confusiones, proporcionando así una mayor seguridad jurídica a los empresarios.

Este tipo de interés se aplica a todas las relaciones obligatorias que puedan incluirse en el ámbito de aplicación de la LMOC, reemplazando así a la norma general que se refiere al interés legal fijado anualmente en la Ley de Presupuestos Generales del Estado. Afecta además a algunas normas que se refieren al interés legal aplicable a determinados contratos como es el caso de los artículos 316 y el 341 del Código de Comercio en sede de préstamo y compraventa mercantil respectivamente, ya que tras la entrada en vigor de la LMOC las deudas que traigan causa de los préstamos y compraventas mercantiles a las que les sea aplicable esta norma

¹⁸³ Conforme al segundo párrafo del art. 7.2., por tipo de interés aplicado por el BCE a sus operaciones principales de financiación hay que entender "el aplicado a tales operaciones en caso de subastas a tipo fijo. En caso de que se efectuara una operación principal de financiación con arreglo a un procedimiento de subasta a tipo variable, este tipo de interés se referirá al tipo de interés marginal resultante de esta subasta".

¹⁸⁴ Así lo ha hecho el legislador alemán en los párrafos 288 y 247 del BGB (ALBIEZ DOHRMANN, K.J., "Un nuevo Derecho de obligaciones. La reforma 2002 del BGB", *ADC*, vol. 55, nº 3, 2002, p. 1171). El legislador francés, al igual que el español, tampoco elevó inicialmente este tipo (artículo L 441-6 del Código de Comercio en la redacción dada por el artículo 53 de la Ley nº 2001-420 de 15 de mayo de 2001) aunque lo ha hecho posteriormente por medio de la *LOI n° 2012-387 du 22 mars 2012 relative à la simplification du droit et à l'allégement des démarches administratives* que entrará en vigor el 1 de enero de 2013 y que ha modificado el artículo L-441-6 del Código de Comercio. Ahora establece que el interés legal será el del BCE aplicado a sus operaciones de financiación incrementado en 10 puntos. El legislador italiano, de momento, no ha elevado el tipo de interés previsto en la Directiva (véase artículo 5 del Decreto Legislativo 9 10 2002, n. 231)

serán gravadas con el tipo de interés fijado por la misma, bastante más elevado que el legal del dinero. Entendemos, junto con la mayoría de la doctrina, que la sustitución de las reglas legales sobre intereses por las establecidas en la LMOC tiene lugar respecto de todas las modalidades contractuales que entren dentro del ámbito de aplicación de la LMOC¹⁸⁵. En esta línea la SAP de Valladolid, 2 de diciembre de 2009 (JUR/2009/161340), que, a propósito de un contrato de alquiler de maquinaria y materiales de construcción, tras condenar al pago de los intereses legales aclara que por “intereses legales” debemos entender los intereses correspondientes, según la LMOC.

Además de en la SAP citada, ya se ha aplicado este criterio fijado en el artículo 7.2 a los contratos a los que alcanza el ámbito de aplicación de la LMOC en numerosas sentencias dictadas hasta el momento por las diferentes Audiencias Provinciales¹⁸⁶. Parece, pues, cuestión pacífica el considerar el interés legal fijado por la LMOC como el interés legal aplicable, con carácter general, a todos los

¹⁸⁵ Se ocupan de esta cuestión ALFARO ÁGUILA-REAL, J., “La nueva regulación... cit. p. 18 y MIRANDA SERRANO, L. M. *Aplazamientos de pago y morosidad...* cit. p. 299. Todavía más lejos, PERALES VISCASILLAS, atribuyendo a la LMOC carácter de ley general considera que el tipo de interés del artículo 7 se convierte en el tipo que será de general aplicación a los supuestos de mora mercantil, desplazando al que designe la ley de presupuestos anualmente (PERALES VISCASILLAS, M.P., *La morosidad en las operaciones...* cit. p.135)

¹⁸⁶ Entre ellas la SAP de A Coruña de 26 de noviembre de 2009 (Jur 2010/35966), S de la AP de Asturias de 16 de octubre de 2009 (Jur 2010/4677), SAP de Barcelona de 10 de noviembre de de 2008 (Jur/2009/75843), SAP de Cáceres de 24 de febrero de 2010 (Jur2010/155430), la SAP de La Rioja de 25 de junio de 2007 (Jur 2007/310451), SAP de Madrid de 10 de julio de 2009 (Jur 2009/363534) SAP de Murcia de 9 de octubre de 2008 (Jur 2009/107058) SAP de Ourense, de 23 de diciembre de 2009 (Jur 2010/75414), SAP de Pontevedra de 31 de julio de 2008 (Jur/2008/362032), SAP de Soria de 27 de septiembre de 2006 (Jur 2007/266422), las SS AP de Valencia de 24 de mayo de 2006 (Jur/2009/68468) y 3 de noviembre de 2008 (Jur 2009/63392) y la SAP de Valladolid de 20 de julio de 2006 (Jur 2006/239820) aplican el tipo de interés del artículo 7.2 de la LMOC en un contrato de compraventa. La SAP de Ávila de 30 de diciembre de 2005 (Jur/2006/168768), la SAP de las Islas Baleares de 19 de enero de 2010 (Jur/114371) y la SAP de León, de 4 de febrero de 2010 (Jur 2010/135485), lo hacen en un contrato de suministro y la SAP de Las Palmas de 8 de octubre de 2008 (Jur 2009/52571), en el caso de una deuda derivada de obras de acondicionamiento, montaje y equipamiento de un local. La SAP de Álava de 17 de marzo de 2011 (Jur/2011/295481) aplica el precepto a la deuda derivada de un contrato de reparación de maquinaria excavadora y la SAP de Santa Cruz de Tenerife de 15 de junio de 2011 (Jur/2011/405531) en su FJ 2 aplica el artículo 7.2 en un contrato de préstamo, la SAP de León de 16 de octubre de 2009 (Jur/2009/477446) declara aplicable la ley en un contrato de franquicia y la SAP de Murcia de 5 de marzo de 2010 (Jur/2010/154700) a un contrato de arrendamiento de obra

supuestos de mora en los contratos a los que esta norma sea aplicable.

1.6 La indemnización por los gastos de cobro de la deuda

En virtud de lo previsto en el art. 8 de la LMOC cuando el deudor incurra en mora el acreedor tendrá derecho a reclamarle una indemnización por los gastos de cobro en que haya incurrido, siempre que estén debidamente acreditados. Es destacable la novedad y relevancia práctica de esta previsión¹⁸⁷.

El precepto citado supone una transposición del contenido del artículo 3.1 e) de la Directiva 2000/35, en la que observamos algunas diferencias entre el texto patrio y la normativa comunitaria. La primera de ellas es que mientras la Directiva utiliza la palabra "compensación", la LMOC emplea el término "indemnización", más acorde con la tradición jurídica española¹⁸⁸. La segunda diferencia se refiere a la omisión por parte del legislador español del adjetivo "razonable" que califica a la compensación en la Directiva, omisión que hay que considerar desafortunada¹⁸⁹, aunque sin demasiada trascendencia práctica, ya que si se interpreta la LMOC conforme a las Directivas comunitarias, es exigible ese requisito (es decir que la

¹⁸⁷ Así lo indica la mayor parte de la doctrina, entre otros BAENA RUIZ, que la califica como "la novedad más importante que se introduce en el ámbito de la prevención de la morosidad" (BAENA RUIZ, "La Ley de medidas de lucha..." cit. p. 165),, también ROMERO CANDAU, P., "Medidas de lucha contra la morosidad..." cit. 40. Resta sin embargo novedad al precepto ALFARO ÁGUILA-REAL, J., "La nueva regulación..." cit. pp. 18 y 19, para este autor no puede decirse que se incremente la protección de los acreedores dado que no era especialmente discutido en el marco del artículo 1108 CC que el acreedor tuviera derecho a exigir dicha indemnización del deudor moroso. Al respecto del artículo 1108 C.Cv. v. RUIZ-RICO RUIZ, J.M. "Comentario a los artículos 1108 y 1109..." cit.p. 834 6 y ss.

¹⁸⁸ Se incorpora así la sugerencia realizada por el Consejo de Estado en su Dictamen sobre la consulta relativa al Proyecto de ley por el que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales de 30 de septiembre de 2004 en el que se indica que en nuestra tradición jurídica la compensación aparece, principalmente, como una forma de extinción de las obligaciones cuando dos personas son recíprocamente acreedora y deudora entre sí.

¹⁸⁹ Con MIRANDA SERRANO, L. M. *Aplazamientos de pago y morosidad...* cit. p. 316 y PERALES VISCASILLAS, M.P., *La morosidad en las operaciones...* cit. p. 235. No conforme con la consideración de desafortunada de la omisión, RODRIGUEZ RUIZ DE VILLA, D. "Análisis crítico..." cit. p. 67 al entender que tratándose la expresión "indemnización razonable" de un concepto jurídico indeterminado su traslado al Derecho español hubiera sido un semillero de controversias

indemnización sea razonable puesto que la “razonabilidad” de la compensación es una consecuencia natural de su cálculo) en el Derecho español¹⁹⁰.

1.6.1 Requisitos para su exigibilidad

El acreedor podrá reclamar al deudor la indemnización por los gastos en que haya incurrido para el cobro de la deuda siempre que acredite debidamente los gastos reclamados, como exige el artículo 8.1. Esta acreditación se considera lógica y resulta de la aplicación de las reglas generales en materia de prueba. Implica la carga para el acreedor de probar que los gastos son reales, que ha incurrido efectivamente en ellos, y que se corresponden con la deuda cuyo cumplimiento reclama¹⁹¹.

Ahora bien, aunque se acrediten debidamente dichos gastos, si el deudor no es responsable del retraso en el pago¹⁹², el apartado 2 del artículo 8 le exime del pago de esta indemnización, en coherencia con la filosofía que sobre la mora se aprecia en la LMOC como hemos tenido la ocasión de comprobar al analizar los requisitos para la exigencia de los intereses de demora (artículo 6.2) y que le permite eludir el pago de estos gastos si demuestra que no es responsable del retraso.

¹⁹⁰ Añade MIRANDA SERRANO, L. M. *Aplazamientos de pago y morosidad...* cit. p. 316 que a igual conclusión se llega a través del Derecho interno aplicando los artículos 1258 del Código Civil y 57 del Código de Comercio sobre buena fe contractual.

¹⁹¹ La SAP de Castellón de 1 de julio de 2009 (Jur/2009/431653) rechaza la aplicación del artículo 8.1 por esa falta de acreditación de los gastos. Declara esta sentencia en su FJ 2º: “...respecto de la petición de indemnización por costes de cobro solicitada al amparo del artículo 8 de la Ley 3/2004 de 29 de diciembre de medidas de lucha contra la morosidad, vemos que se rechaza en la sentencia apelada atendiendo básicamente a que no se ha alegado en la demanda ningún gasto motivado por el cobro de lo reclamado en el procedimiento, ni se dice en que gastos se ha incurrido ni se concreta suma alguna, y la correlativa falta absoluta de prueba sobre un hecho ni siquiera alegado”

¹⁹² Indica BAENA RUIZ, que probablemente esta exigencia de falta de responsabilidad por parte del deudor se constituirá en el caballo de batalla en las reclamaciones que se hagan al efecto ya que a ella tratarán de acogerse los deudores a fin de eludir las indemnizaciones por costes de cobro (BAENA RUIZ, E., “La Ley de medidas de lucha...” cit. p. 167)

Al igual que el artículo 3 1 e) de la Directiva 2000/35, la Ley 3/2004 exige que para la determinación de los costes de cobro se tengan en cuenta los principios de transparencia y proporcionalidad respecto a la deuda principal. Serán los jueces, o los árbitros en los casos de sometimiento de la controversia a arbitraje, las personas u órganos a quienes deben servir de guía estos principios. Coadyuva a entender el alcance del principio de proporcionalidad el propio artículo 8.1 cuando establece que la indemnización no podrá superar en ningún caso, el 15 por ciento de la cuantía de la deuda, excepto en los supuestos en los que la deuda no supere los 30.000 euros en los que el límite de la indemnización estará constituido por el importe de la deuda de que se trate.

1.6.2 Cobertura de la indemnización por gastos de cobro

Cuando el deudor incurra en mora, el acreedor podrá reclamar una indemnización por todos los gastos en que ha incurrido al tratar de cobrar la deuda (siempre que estén debidamente acreditados), gastos sufridos a causa de la mora del deudor. Interesa delimitar el alcance de la expresión "todos los costes" a que se refiere el artículo 8. Para algunos autores¹⁹³ ésta tiene un amplio alcance, e incluye todos los gastos derivados del cobro de la deuda así como las comisiones por devolución de efectos de comercio impagados, los gastos realizados para averiguar la solvencia del deudor, los pagos a las empresas de recobro de deudas, los gastos de administración y de tiempo empleados en el cobro, y los incurridos por requerimientos notariales, burofax, desplazamientos para reclamar el pago de la deuda y los honorarios de los profesionales (fundamentalmente abogados y procuradores) de los que se hubiere valido el acreedor. Para aclarar esta cuestión, resulta de utilidad la interpretación que de

¹⁹³ RODRIGUEZ RUIZ DE VILLA, "Análisis crítico de la lucha..." cit. pp. 67 y 68 y MIRANDA SERRANO, L. M. *Aplazamientos de pago y morosidad...* cit. p. 314

la expresión “todos los costes” hacen los tribunales de justicia a la hora de aplicar este artículo 8. A falta de pronunciamientos hasta el momento por parte del Tribunal Supremo, podemos citar algunas sentencias de las Audiencias provinciales. Así, la SAP de Álava de 28 de enero de 2008, (Jur/2008/167905) declara procedente la aplicación del artículo 8 al considerar, en su FJ 2, que determinados gastos bancarios reclamados por el acreedor corresponden a gastos de devolución, siendo un perjuicio acreditado causado como consecuencia del impago y por tanto exigible conforme a lo dispuesto en el artículo 8 LMOC. En la misma línea la SAP, de Álava 17 de septiembre de 2007, (Jur/2008/23639) aplica también (FJ 2), a los gastos bancarios (comisiones bancarias por devolución de facturas impagadas) generados por el impago de facturas el artículo 8 al considerarlos costes de cobro. También la SAP de Castellón, de 22 de mayo de 2007 (Jur2007/322085) en su FJ 2 reconoce incluidos dentro del concepto de gastos de cobro del artículo 8 determinados gastos de devolución bancaria y la SAP de Valladolid, de 13 de febrero de 2009, (Jur/2009/190189), aplica el artículo 8 y considera incluidos dentro del concepto de costes de cobro gastos tales como la redacción de la carta de reclamación extrajudicial y los gastos por certificación de correos, no incluyendo, por entender que en este caso no estaban debidamente justificadas las gestiones ante el servicio de correos para el envío de carta de reclamación¹⁹⁴ .

El párrafo 2 del apartado 1 del artículo 8 de la Ley 3/2004, declara expresamente la improcedencia de la indemnización de los costes de cobro cuando éstos ya hayan sido cubiertos por la condena en costas del deudor, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 241 a

¹⁹⁴ En este caso, la S en su FJ 3 no consideró debidamente justificado, para reclamar como costes de cobro, la partida referida a gestiones ante el servicio de correos para el envío de carta de reclamación extrajudicial, que ascendían a 90 euros. El tribunal sin embargo si que consideró acreditada debidamente la redacción de la carta de reclamación extrajudicial y los gastos de certificación de la carta de reclamación.

246 y 394 a 398 de la LEC¹⁹⁵. Consideramos razonable esta regla porque, si no se hubiera establecido, el acreedor podría ser indemnizado dos veces por un mismo concepto, lo cual entrañaría un enriquecimiento injusto, como sabemos no permitido dentro de nuestro ordenamiento jurídico. Por lo tanto, si el juez ha condenado en costas al deudor, el acreedor no puede reclamar la indemnización por los costes de cobro por aquellos conceptos que queden incluidos dentro de esas costas¹⁹⁶. Entendemos¹⁹⁷ que, al tratarse de una medida restrictiva de los derechos del acreedor pero incluida en una ley orientada a proteger a los acreedores, su interpretación debía ser restrictiva y por lo tanto sólo podía ser invocada en relación con los costes de cobro que hayan sido expresamente incluidos en la tasación de costas. En la S AP Valencia sección 7ª, núm.342/2007, de 6 de junio (Jur/2007/259434) se aplica el artículo 8, y en su FJ 2 se argumenta que los costes que se reclaman (honorarios de letrado y procurador) no están cubiertos por la condena en costas y se hace referencia a la necesidad de aplicar el principio de proporcionalidad a que alude el artículo 8.

No había, entonces, duda de que los gastos que se derivaban del pago de los honorarios de los abogados y procuradores que sean preceptivos (es decir cuando su intervención sea preceptiva en el procedimiento) quedaban incluidos conforme al artículo 241.1 LEC. Pero surgía la duda de si el acreedor podía incluir en su reclamación

¹⁹⁵ Siguiendo así el criterio que había manifestado el Consejo de Estado en su Dictamen al Anteproyecto de LMOC sobre la conveniencia de que quedase expresado con claridad en el texto legal definitivo si el artículo 8 era aplicable a las costas judiciales

¹⁹⁶ Según el artículo 241.1 LEC: "Se considerarán gastos del proceso aquellos desembolsos que tengan su origen directo e inmediato en la existencia de dicho proceso, y costas la parte de aquéllos que se refieran al pago de los siguientes conceptos: 1. Honorarios de la defensa y de la representación técnica cuando sean preceptivas. 2. Inserción de anuncios o edictos que de forma obligada deban publicarse en el curso del proceso. 3. Depósitos necesarios para la presentación de recursos. 4. Derechos de peritos y demás abonos que tengan que realizarse a personas que hayan intervenido en el proceso. 5. Copias, certificaciones, notas, testimonios y documentos análogos que hayan de solicitarse conforme a la Ley, salvo los que se reclamen por el tribunal a registros y protocolos públicos, que serán gratuitos. 6. Derechos arancelarios que deban abonarse como consecuencia de actuaciones necesarias para el desarrollo del proceso"

¹⁹⁷ De acuerdo con LEMA DEVESA, C. y TATO PLAZA, A., "La ley de medidas de lucha contra la morosidad ..."cit. p. 15 y MIRANDA SERRANO, L. M. *Aplazamientos de pago y morosidad...* cit. p. 323

de la indemnización de costes de cobro los pagos a los abogados y procuradores a los que contratase cuando no fuera obligatorio, en particular en los casos de juicios monitorios y de los verbales cuya cuantía no exceda de 900 euros, salvo en el caso del juicio cambiario (artículos 814.2 y 23.2 y 31 LEC). En sentencia de 10 de marzo de 2005¹⁹⁸ el TJCE ya se pronunció sobre ello en la resolución de una cuestión prejudicial planteada por un juzgado de primera instancia de Barcelona sobre si al amparo de la Directiva 2000/35 era posible considerar costes de cobro los gastos de abogado y procurador en un proceso monitorio. El TJCE, tras insistir en la obligación de los jueces nacionales de interpretar el Derecho interno conforme a las Directivas comunitarias declara que dado que sobre la base del Derecho nacional no es posible incluir en el cálculo de las costas a las que podría ser condenado un particular obligado al pago de una deuda profesional los gastos derivados de la intervención de un abogado o de un procurador en defensa o representación del acreedor en un proceso judicial de reclamación de dicha deuda; la Directiva 2000/35 no puede servir por sí sola de fundamento a tal posibilidad.

Tras la publicación de la LMOC 3/2004, interpretando su artículo 8 en relación con la LEC, cuando los costes del abogado y procurador no sean preceptivos conforme al Derecho nacional no pueden ser recuperados mediante la indemnización por costes de cobro reconocida en el artículo citado. En esta misma línea, a S AP Barcelona sección 13^a, núm.195/2007, de 26 de junio (Jur/2007/277020) en su FJ 1, excluye la aplicación del artículo 8 al considerar que no es posible incluir en el concepto de compensación por costes de cobro los honorarios de letrado tanto más cuando para la presentación inicial del procedimiento (monitorio) no es preceptiva la intervención de abogado y procurador.

¹⁹⁸ Asunto C-235/03: QDQ Media, S.A./Alejandro Omedas Lecha

La Ley 15/2010, ha suprimido el párrafo 2 del apartado 1 del artículo 8. La modificación llevada a cabo tuvo su origen en el intento de solventar las dificultades de interpretación del precepto ante la falta de concreción del tipo de costes y gastos que podían ser objeto de compensación (al usarse la expresión “todos los costes”), por ello la proposición de ley incluía los “gastos de intermediación de un tercero o externalización de la gestión y los costes bancarios por devolución” y permitía asimismo reclamar el coste de los informes comerciales y financieros previos al ejercicio de la acción, en caso de reiteración o mala fe, aplicándose el límite del 15% para el caso de deudas superiores a 15.000 euros¹⁹⁹. Sin embargo, el texto final de la Ley no incluyó todas estas precisiones y se limitó a suprimir el párrafo 2, en nuestra opinión de forma equivocada, ya que de este modo se sigue sin saber cuál es el alcance de la expresión “costes de cobro” y además se puede producir el enriquecimiento injusto del que hemos hablado como consecuencia de la reclamación de los mismos gastos por dos vías. Esta cuestión se agrava, como a continuación reseñaremos, por el hecho de que la Directiva ha sido modificada en unos términos distintos de los de la legislación española.

1.6.3 Los cambios legales en la indemnización por gastos de cobro como consecuencia de la reforma de la Directiva 2000/35

Parece ser que el legislador comunitario ha querido solventar algunos de los problemas y dudas que se planteaban a la hora de aplicar la indemnización por costes de cobro durante la elaboración de la Directiva 2011/7/UE que ha modificado la Directiva 2000/35/CE

¹⁹⁹ En esa misma línea de intentar concretar el alcance de los costes de cobro fueron las enmiendas nº 14 y 25 presentadas por ERC-IU-ICV y por EAJ-PNV respectivamente, que pretendían incluir los costes bancarios por devolución de efectos, adeudos en cuenta o giros domiciliados, los costes administrativos de correos y de comunicación y los gastos de gestión de cobro cuando haya sido preciso recurrir a la intermediación de terceros o a la externalización de la gestión de recobro extrajudicial mediante empresas de recuperación de deudas debidamente autorizadas.

La regulación, contenida en el artículo 3.1 e) de la Directiva 2000/35/CE, queda sustituida en la Directiva 2011/7/UE por el artículo 6, dedicado en exclusiva a la compensación por los costes de cobro. Sin perjuicio de que en el capítulo II ya hemos hecho referencia brevemente a estos cambios al tratar del proceso de reforma de la Directiva, vamos a analizar, a continuación, las principales novedades que se han incluido.

Los apartados 1 y 2 de este artículo 6 son totalmente novedosos ya que reconocen al acreedor que tenga derecho a reclamar intereses de demora en las transacciones comerciales, salvo que en el contrato se haya pactado otra cosa, el derecho a cobrar una mínima cantidad fija²⁰⁰ debiendo los Estados miembros garantizar que esta cantidad sea abonada sin necesidad de reclamación como compensación por los propios costes de cobro. Se establece así una cantidad fija mínima que se considera resulta proporcionada al importe de la deuda y que todo acreedor con derecho al cobro de intereses de demora podrá exigir en todo caso, salvo que se haya pactado lo contrario. Ello con un doble objetivo: que el acreedor recupere sus gastos administrativos internos atribuibles al pago con retraso y el crear un efecto disuasorio en los deudores, complementario al del devengo de intereses de demora.

No obstante la Directiva 2011/7/UE, mantiene parte de los criterios de la Directiva 2000/35/CE cuando reconoce que, salvo que el deudor sea responsable del retraso, además de la cantidad establecida en el apartado 1 (la cantidad fija a la que acabamos de referirnos), el acreedor tendrá derecho a obtener del deudor, según declara el apartado 3, una compensación *razonable* por todos los demás costes de cobro que haya sufrido a causa de la morosidad de éste. Añade la Directiva para intentar aclarar ese concepto

²⁰⁰ Como mínimo de 40 euros, dice el precepto. La Propuesta de Directiva preveía una indemnización de 40 euros para una deuda inferior a 1.000 euros, 70 para una deuda entre 1.000 y 10.000 y del 1% de la deuda vencida cuando el montante superase los 10.000 euros. En su redacción definitiva, la Directiva sustituyó estas cifras por la fija indicada de 40 euros como mínimo.

indeterminado de “razonable” que esta compensación podría incluir, entre otros, los gastos que el acreedor haya debido sufragar para la contratación de un abogado o una agencia de gestión de cobro. Como ya hemos tenido oportunidad de constatar en el capítulo II, ésta ha sido una de las materias sobre las cuales ha sido más difícil poner de acuerdo a los Estados miembros en el proceso de modificación de la Directiva de morosidad

El legislador español, en la Ley 15/2010, se aparta de lo dispuesto en la Directiva 2011/7/UE. En primer lugar, no reconoce ese importe mínimo de 40 euros a que se refiere la normativa comunitaria como cantidad fija. Por otra parte tampoco los párrafos 2 y 3 del artículo 6 de la Directiva se corresponden con la regulación mantenida en el artículo 8 tras la reforma operada por la Ley 15/2010 ya que, aunque una y otra norma siguen refiriéndose a que se tiene derecho a una compensación razonable (concepto jurídico indeterminado), mientras ahora la Directiva cita entre los gastos indemnizables los derivados de la contratación de un abogado o una agencia de gestión de cobro, la ley española sigue refiriéndose a los principios de transparencia y proporcionalidad como criterios para determinar esos gastos. Esta es, pues, una de las cuestiones en las que la Ley 15/2010 y la Directiva 2011/7/UE no están conformes y por lo tanto la Ley española debería modificar para adaptarse a la norma comunitaria.

1.6.4 La cláusula penal

La LMOC no ha previsto el supuesto de pacto convencional de una cláusula penal²⁰¹ por medio de la cual se pretenda proteger el interés

²⁰¹ Siguiendo a GÓMEZ CALERO, la cláusula penal consiste en una declaración de voluntad mediante la cual, con vistas a predeterminar las consecuencias del incumplimiento de una obligación principal, se establece una prestación accesoria lo suficientemente onerosa como para incitar al cumplimiento, con la peculiaridad de que, en caso de no efectuarse la prestación, se podrá sancionar al incumplidor para satisfacer así al perjudicado. Atendiendo al artículo 56 C.com. este autor considera a la cláusula penal una estipulación contractual de la que nace una obligación accesoria cuya utilidad para las partes estriba en predeterminar las consecuencias del incumplimiento contractual a través de la fijación de una pena de

del acreedor en el cumplimiento tempestivo de la obligación ya que si el deudor se retrasa en el pago, estará obligado a cumplir la pena que se hubiese pactado (cláusula penal moratoria²⁰²) que consistirá normalmente en una cantidad de dinero²⁰³. Al no existir ninguna disposición especial en la LMOC, se aplicará a los contratos mercantiles sujetos a la misma en este punto el artículo 56 C.Com. y supletoriamente (conforme al artículo 50 C.Com.) los artículos 1152 a 1154 del C.Cv. reguladores de la cláusula penal²⁰⁴. Y según estos preceptos, la falta de cumplimiento de la obligación por una de las partes (en nuestro caso el deudor moroso) permite a la parte perjudicada (el acreedor) exigir la pena que se hubiera pactado, pena que sustituirá a la indemnización de daños y al abono de intereses, si no se hubiese pactado lo contrario²⁰⁵. De manera que las partes pueden pactar que esa pena sea o no cumulativa. Si lo es, se podrá

carácter indemnizatorio contra el que no lo cumpliera, con lo cual se estimula el cumplimiento contractual, se sanciona al contratante incumplidor y se satisface a la parte perjudicada (GÓMEZ CALERO, J., *Contratos mercantiles con cláusula penal*, 2ª ed., Madrid, Civitas, 1983, pp. 58 y 59) Para ARANA DE LA FUENTE, la cláusula penal es la obligación accesoria que las partes añaden a una obligación principal para garantizar su cumplimiento, consistente, por lo regular, en el pago de una cantidad de dinero en caso de incumplimiento o cumplimiento defectuoso de la obligación principal (ARANA DE LA FUENTE, I., "La penal convencional y su modificación judicial. En especial la cláusula penal moratoria", *ADC*, vol. 62, nº 4, 2009, pp. 1588 y 1589). Como indica RODRÍGUEZ TAPIA, la cláusula penal se caracteriza por ser una regla negocial cuyo objeto es establecer una pena para el caso de no cumplir la obligación, cumpliendo cuanto menos una función preventiva en la medida que se refuerza la pretensión principal amenazando al deudor con un previsible agravamiento de su responsabilidad (RODRÍGUEZ TAPIA, J.M., "Sobre la cláusula penal en el Código civil", *ADC*, vol. 46, nº 2, 1993, p. 514)

²⁰² La cláusula penal moratoria sería una modalidad dentro de la cláusula penal, v. ARANA DE LA FUENTE, I., "La penal convencional y..." cit. p. 1648

²⁰³ Al igual que en España, tampoco el resto de los legisladores de los Estados miembros han previsto nada sobre el particular al adaptar la Directiva, excepto en Luxemburgo, cuyo artículo 10 de la *Loi du avril 2004, relative aux délais de paiement et aux intérêts de retard* prevé la posibilidad del pacto de una cláusula de liquidación de daños indicando que debe tener una cuantía razonable y que el juez puede reducir o aumentar la cuantía en función de los casos.

²⁰⁴ La Comisión General de Codificación ha elaborado una Propuesta de Anteproyecto de Ley de Modernización del Código Civil en materia de obligaciones y contratos (COMISIÓN GENERAL DE CODIFICACIÓN, Sección de Derecho Civil: *Propuesta para la Modernización del Derecho de Obligaciones y Contratos*; Ministerio de Justicia, Madrid, 2009) cuyos artículos 1146 a 1152 prevén la modificación de los artículos 1152 a 1154. Se ocupa de comentar esta Propuesta de anteproyecto, MARÍN GARCÍA, I. "La cláusula penal en la propuesta de Modernización del Código Civil, en materia de Obligaciones y Contratos", *Indret*, 2/2009, www.indret.com

²⁰⁵ Sin perjuicio de otras funciones que a lo largo de la historia haya podido desempeñar, como indica LOBATO DE BLAS, J.M., *La cláusula penal en el Derecho español*, Pamplona, 1974, p. 24, la pena convencional es hoy un mecanismo de modificación pactada del sistema legal de indemnización de daños contractuales

exigir tanto la indemnización de daños y el abono de intereses como la cláusula penal, en otro caso sólo la cláusula penal. Además, la legislación española otorga (artículo 1154 C.Cv.) al juez la facultad de moderar²⁰⁶ equitativamente la pena cuando haya tenido lugar un cumplimiento parcial o irregular, no así por tanto cuando se haya producido un incumplimiento total como sucede en otros países de la UE²⁰⁷. La normativa española difiere en este aspecto de las previsiones de los artículos 9509.2 PDEC y artículo 7.4.13 de los Principios de UNIDROIT sobre contratos comerciales internacionales así como de lo dispuesto en el artículo 7 de la Resolución del Consejo de Europa de 20 de enero de 1978 relativa a las cláusulas penales en el derecho civil. Si prospera la Propuesta de Anteproyecto de Ley de Modernización del Código Civil en materia de obligaciones y contratos, en cuyo artículo 1150 se permite al juez modificar equitativamente las penas excesivas y las indemnizaciones convenidas que sean notoriamente desproporcionadas en relación con el daño efectivamente sufrido, esta divergencia entre la normativa española y la de otros países de nuestro entorno desaparecerá²⁰⁸.

Por tanto cuando las partes, al amparo de los artículos 56 C.Com. y 1152 a 1154 C.Cv. pacten una cláusula penal para el supuesto de mora, habrá que hacer un análisis de cada caso concreto para averiguar si la cláusula penal sustituye, o por el contrario se acumula,

²⁰⁶ Sobre la moderación de la pena véase ESPÍN ALBA, I., *La cláusula penal. Especial referencia a la moderación de la pena*, Marcial Pons, Madrid, 1997

²⁰⁷ Se aparta así del criterio que mantienen los Códigos Civiles de Alemania (343 BGB), Italia (art. 1384 Codice civile), Bélgica (art. 1231) o Portugal (art. 812), que permiten la moderación de las penas excesivas no solo en caso de cumplimiento parcial o irregular sino también en caso de incumplimiento total. En Francia (art. 1152.2º) incluso se prevé el aumento de las penas "irrisorias"

²⁰⁸ No obstante, como indica MARÍN GARCÍA, I. "La cláusula penal en la propuesta..." cit. p. solo corresponde al juez moderar la pena cuando la cláusula penal prevea un incumplimiento de mayor entidad al incumplimiento efectivo del deudor, no en el resto de los casos, por lo que la Propuesta se aleja de la línea mantenida por los Principios del Derecho Europeo de Contratos cuyo artículo 9:509(2) posibilita la moderación de la cláusula penal excesiva en relación, entre otras circunstancias, pero no solamente, con la cuantía del daño efectivo. En sentido idéntico, el artículo 7.4.13 (2) de los Principios UNIDROIT (2004) y el III-3:712(2) del Borrador del Marco Común de Referencia (2009). El tenor literal de los tres textos citados permitiría al juez apreciar el daño previsible u otras circunstancias distintas, sin ceñirse al daño efectivo como factor exclusivo a considerar para la moderación de la pena

a los intereses de demora y a la indemnización por costes de cobro, en cuyo caso habrá que aplicar los límites de los artículos 6 (sobre los requisitos para que el acreedor pueda exigir los intereses de demora: haber cumplido sus obligaciones y no haber recibido a tiempo la cantidad debida a menos que el deudor pueda probar que no es responsable del retraso), 8 (que fija los límites y condiciones para la indemnización por gastos de cobro) y 9 (conforme al cual las cláusulas penales podrían resultar abusivas) de la LMOC²⁰⁹. Sobre la facultad moderadora del juez, según el artículo 1154 C.Cv., como hemos indicado anteriormente, ésta tiene lugar sólo en casos de cumplimiento parcial o irregular, pero no en los supuestos de incumplimiento como sería el caso de la mora. La jurisprudencia dominante, en esta línea, niega la posibilidad de moderación de la cláusula penal moratoria²¹⁰, aunque en algunos casos el Tribunal Supremo ha admitido también la posibilidad de moderación de la pena al considerar el retraso una modalidad de cumplimiento irregular²¹¹.

²⁰⁹ Como ponen de manifiesto MIRANDA SERRANO, L. M. *Aplazamientos de pago y morosidad...* cit. pp. 326 a 329 y PERALES VISCASILLAS, M.P., *La morosidad en las operaciones...* cit. p. 252 a 255

²¹⁰ Así en esta línea, en los últimos años, entre otras destacan las SS TS de de 29 de noviembre de 1997 (RJ/1997/8441), S de 28 de octubre de 1998 (RJ/1998/8733), 12 de enero de 1999 (RJ/ 10 de mayo de 2001 (RJ/2001/6191), 27 de febrero de 2002 (RJ/2002/1910), de 8 de octubre de 2002 (RJ/2003/358), 5 de diciembre de 2003 (RJ/2003/8640), 17 de noviembre de 2004 (RJ/2004/7239), 3 de octubre de 2005 (RJ/2005/7099), 14 de junio de 2006 (RJ/2006/3133) 7 de noviembre de 2006 (RJ/2006/7139), 20 de diciembre de 2006 (RJ/2007/388), 27 de febrero de 2007 (RJ/2007/1634), 20 de junio e 2007 (RJ/2007/3861), 25 de enero de 2008 (RJ/2008/223), 13 de febrero de 2008 (RJ/2008/2666), 15 de octubre de 2008 (RJ/2008/5692), de 16 de octubre de 2008 (RJ/2009/2), S de 19 de febrero de 2009 (RJ/2009/1502), 8 de abril de 2009 (RJ/2009/2894), 23 de diciembre de 2009. (RJ/2010/402), 31 de marzo de 2010 (RJ/2010/4032) 1 de octubre de 2010 (RJ/2010/7307), de 28 de octubre de 2010 (RJ/2010/7613), 10 de junio de 2011 (RJ/2011/5422), de 17 de enero de 2011 (RJ/2012/287)

²¹¹ Ejemplos de este criterio jurisprudencial en las SS TS de 10 de marzo de 1995 (RJ/1995/1852), de 18 de diciembre de 1996 (RJ/1996/9048), de 17 de febrero de 1997 (RJ/1997/1239), de 8 de junio de 1998 (RJ/2008/4284), de 2 de diciembre de 1998 (RJ/1998/9701), de 10 de julio de 2001 (RJ/2001/5153), de 27 de abril de 2005 (RJ/2005/3769) y de 12 de diciembre de 2008 (RJ/2008/8008)

Dedica un estudio exhaustivo al análisis de algunas de las sentencias citadas en ambas líneas ARANA DE LA FUENTE, I., "La penal convencional y..." cit. p. 1661 y ss.

1.7 La cláusula de reserva de dominio

1.7.1 Consideraciones generales sobre la reserva de dominio

La reserva de dominio tiene su genuina manifestación en las estipulaciones de los contratos de compraventa con precio aplazado según las cuales el vendedor retiene la propiedad de la cosa vendida hasta que le ha sido satisfecho enteramente el precio por el comprador. Se trata de una cláusula accesoria del contrato de compraventa por la que el vendedor se asegura el cobro del precio aplazado mediante la retención del derecho de propiedad a pesar de la entrega inmediata de la cosa al comprador para su uso y disfrute²¹². Esta institución se plantea como una excepción a la regla, vigente en el Derecho español, de adquisición de los derechos reales mediante la teoría del título y el modo (artículo 609 y 1095 C.Cv.); a pesar de que se ha producido la *traditio* en cualquiera de sus formas, el comprador sigue siendo únicamente un acreedor del derecho de propiedad de la cosa, sin acceder a la titularidad real hasta el completo pago del precio²¹³.

²¹² BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., *La cláusula de reserva de dominio. Estudio sobre su naturaleza jurídica en la compraventa a plazos de bienes muebles*, Madrid, Editorial Moneda y Crédito, 1971, p 15 y 16. Sobre el concepto de reserva de dominio véase también, entre otros, LÓPEZ Y LÓPEZ, A.M., Voz "reserva de dominio", *EJB*, vol. IV, Civitas, 1995, p. 5857. CANO MARTÍNEZ DE VELASCO, J.I., *La reserva de dominio o la acción publiciana*, JM Bosch editor, 2001, p. 15 y ss. y PÉREZ GURREA, para quien por virtud del pacto de reserva de dominio las partes acuerdan que la entrega o *traditio* no transmita la propiedad de la cosa al comprador sino hasta el momento en que éste cumple definitivamente su obligación (PÉREZ GURREA, R., "La transmisión de dominio en la compraventa: el pacto de reserva de dominio", *RCDI*, año 87, 724, 2011, p. 1151)

²¹³ En desacuerdo MIQUEL GONZÁLEZ para quien no es razonable suponer que hay una alteración del sistema traslativo en la reserva de dominio, especialmente en un sistema causalista en el que la transmisión se produce a consecuencia de ciertos contratos mediante la tradición. Para este autor la cuestión debe centrarse en si es admisible condicionar al pago del precio la transmisión de la propiedad por causa de compraventa y si de este modo se alteran las reglas de transmisión de la propiedad. Considera que la respuesta ha de ser negativa. Según Miquel la reserva de dominio es conforme con la causa de un contrato de compraventa en el que se aplaza el pago del precio pues la causa en este contrato consiste en la reciprocidad entre cosa y precio (MIQUEL GONZÁLEZ, J.M. "La reserva de dominio", *Historia de la propiedad: crédito y garantía. V encuentro interdisciplinar: Salamanca 31 de mayo-2 de junio*, (coords. Salustiano de Dios, Javier Infante, Ricardo Robledo, Eugenia Torijano), Servicio de Estudios del Colegio de Registradores 2007, p. 574)

a) Naturaleza jurídica de la reserva de dominio

En este punto hemos de referirnos, aunque sea de forma breve a las corrientes doctrinales que en el Derecho español se han seguido sobre la naturaleza jurídica de la reserva de dominio. Un sector mayoritario de la doctrina²¹⁴, al que nos adscribiremos, y que es refrendado por numerosa jurisprudencia en la materia²¹⁵ considera que la compraventa con reserva de dominio es una compraventa en la que la transmisión de la propiedad se realiza bajo la condición suspensiva del completo pago del precio. Para otros autores no estamos ante una condición suspensiva sino resolutoria²¹⁶. Una tercera línea doctrinal considera que la propiedad se transmite inmediatamente al comprador con la entrega de la cosa y que el vendedor tiene sobre ésta un derecho de prenda sin desplazamiento de la posesión²¹⁷. Otros autores defienden que la reserva de dominio es una forma progresiva de adquisición de la propiedad²¹⁸. Finalmente hay quienes consideran que, pendiente la reserva de dominio, el vendedor sigue siendo el propietario y ostenta el dominio directo, mientras que el comprador deviene en propietario por

²¹⁴ Destacamos, entre otros a MARTÍNEZ DE AGUIRRE, C., *Las ventas a plazos de bienes muebles*, Madrid, Tecnos, 1988, p. 194, MIQUEL GONZÁLEZ, J.M. "La reserva de dominio"... cit. p. 598 y LÓPEZ Y LÓPEZ, A.M., Voz "reserva de dominio", *EJB*, vol. IV, cit. p. 5858

²¹⁵ Por citar algunas SS TS de 11 de julio de 1983 (RJ/1983/4208), de 16 de julio de 1993 (RJ/1993/6450), de 23 de febrero de 1995 (RJ/1995/1701), de 12 de julio de 1996 (RJ/1996/5886), de 17 de febrero de 2000 (RJ/2000/1338), de 28 de abril de 2000 (RJ/2000/3233), de 28 de septiembre de 2001 (RJ/2001/9420), de 16 de marzo de 2007 (RJ/2007/1857)

²¹⁶ Por todos DÍEZ PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., *Fundamentos de Derecho civil patrimonial*, t. III, Civitas, Madrid, 1995, p. 786

²¹⁷ Tesis originaria del Derecho alemán, que en España sostiene BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., *La cláusula de reserva de dominio...* cit., p. 17 y ss., *passim*. Más recientemente mantenida también por MARÍN LÓPEZ, M.J., "La reserva de dominio sobre bienes muebles", en AA.VV., *Tratado de los Derechos de garantía* (Carrasco Perera, A., Cordero Lobato, E., Marín López, M.J.), 2ª ed., Aranzadi, Pamplona, 2008, p. 973

²¹⁸ RIVERA FERNÁNDEZ, M., *La posición del comprador en la venta a plazos con reserva de dominio*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1994, p. 27, EGÚSQUIZA BALMASEDA, M.A., "Sobre el pacto de reserva de dominio (a propósito de la Sentencia de 19 de mayo de 1988)", *RCDI*, 1991, nº 602, p. 41

asimilación (tiene el dominio útil, ya que se le reconocen acciones judiciales para defenderlo)²¹⁹.

b) Reconocimiento legal de la reserva de dominio

A diferencia de lo que ocurre en algunos países de nuestro entorno²²⁰, la reserva de dominio no aparece regulada en el Código Civil español. No obstante, desde principios del siglo XX la jurisprudencia española²²¹ reconoció la licitud del pacto de reserva de dominio al amparo del artículo 1255 del Código Civil. Fue la Ley de venta a plazos de bienes muebles de 1965 la primera norma que le dio un reconocimiento legal y se mantiene en el artículo 7.10 de la vigente Ley 28/1998, de 13 de julio de venta a plazos de bienes muebles (LVBMP). Posteriormente la LOCM²²², en su artículo 17.2 (pagos a los proveedores) en su apartado tercero, la incluyó en su texto al exigir, cuando las mercancías estuvieran afectadas por una cláusula de reserva de dominio, que se hiciera constar esta circunstancia en la factura. Asimismo exigía que la reserva de dominio respondiera, en todo caso, a un acuerdo entre proveedor y comerciante documentado antes de la entrega. Finalmente ha sido el

²¹⁹ CANO MARTÍNEZ DE VELASCO, J.I., *La reserva de dominio o la acción publiciana*, cit. p. 70 y ss.

²²⁰ Así por ejemplo en Alemania en el parágrafo 455 del BGB, en Francia los artículos 2367 a 2372 del Código Civil (bajo el título "retención de la propiedad en garantía"), en Italia el artículo 1523 del Código Civil, en Portugal en el artículo 409 del Código Civil. En casi todos ellos, con sus particularidades respectivas, se considera como una condición suspensiva. Sobre el estudio de esta cuestión véase MIQUEL GONZÁLEZ, J.M. "La reserva de dominio"... cit. pp. 545 y ss. La necesidad de armonización del régimen de la reserva de dominio se puso de manifiesto en algunas iniciativas comunitarias entre las que merecen destacarse la redacción en 1973 de la *Propuesta de Directiva sobre garantías mobiliarias sin desplazamiento y cláusulas de reserva de la propiedad en la venta de bienes muebles* (COM DOC XI /466/73E), en 1979 de la *Propuesta de Directiva relativa a los efectos jurídicos de los contratos de reserva de dominio simple sobre bienes muebles corporales* (DOC III/872/79) y en 1982 del *Proyecto de Convención Europea sobre la reserva de dominio simple en las transacciones internacionales*.

²²¹ Así destacaremos las SS TS de 20 de marzo de 1930 (RJ/1930/781) y sobre todo la de 10 de junio de 1958 (RJ/1958/2142), en doctrina legal que el TS ha mantenido "sin fisuras" como señala en su considerando segundo la S de 19 de octubre de 1982 (RJ/1982/5563).

²²² En la reforma que se llevó a cabo por la Ley 47/2002, de 19 de diciembre, de reforma de la Ley 7/1996, de 15 de enero, de Ordenación del Comercio Minorista, para la transposición al ordenamiento jurídico español de la Directiva 97/7/CE en materia de contratos a distancia y para la adaptación de la Ley a diversas Directivas comunitarias

artículo 10 de la LMOC el que, tras la reforma operada por la necesaria incorporación al Derecho español de la Directiva 2000/35/CEE, se refiere a la cláusula de reserva de dominio en materia de morosidad en las operaciones comerciales en los términos que analizamos a continuación.

c) Efectos de la reserva de dominio

Como cualquier cláusula inserta en un contrato de compraventa, la reserva de dominio produce sus efectos entre las partes que en él intervienen: impagado el precio por parte del comprador, la propiedad, quedará definitivamente en manos del vendedor. Por el contrario, cuando el comprador abone completamente la cuantía de su deuda, adquirirá la propiedad del bien. No obstante, hasta el vencimiento del plazo pactado para el pago, el vendedor sigue conservando la propiedad de la cosa objeto del contrato pero no puede disponer de ella y responde, como todo vendedor, por evicción y vicios ocultos (arts. 1474 y ss. CCv. y 336 y 345 C.Com.). Por su parte, el comprador, que ha recibido la posesión del bien, percibe sus frutos y corre con los riesgos desde que lo haya recibido, pero no puede transmitirlo a tercero aunque está habilitado para transmitir su derecho sobre la cosa²²³, ya que cuando pague por completo adquirirá el pleno dominio.

Esta cláusula no sólo produce efectos *inter partes*, sino también frente a terceros²²⁴. Al no existir en el Derecho español una regulación uniforme de la cláusula de reserva de dominio, debemos distinguir, en cuanto a los efectos que produce, entre los supuestos

²²³ El contenido de este derecho variará según la naturaleza jurídica atribuida a la reserva de dominio. Si se la considera una compraventa bajo condición suspensiva se transmitirá la expectativa de adquirir la cosa una vez pagado el precio. Si se considera sometida a condición resolutoria, la propiedad de la misma queda sometida a la condición de no haber pagado el precio.

²²⁴ La doctrina y jurisprudencia mayoritaria incluyen dentro del concepto de tercero tanto a los acreedores como a los terceros adquirentes.

en los que la cláusula se haya pactado en un contrato sometido a la LVBMP o en los que quedan al margen de ella.

En el primer caso, para que el pacto de reserva de dominio produzca efectos frente a terceros deberá estar inscrito en el Registro de venta a plazos de bienes muebles conforme al artículo 15.1 de la LVBMP. Si el pacto de reserva de dominio está inscrito, el vendedor podrá interponer una tercería de dominio frente a los acreedores del comprador en caso de embargo del bien (conforme al artículo 15.3 LVBMP)²²⁵; para el cobro de su crédito gozará de la preferencia y prelación establecidas en los artículos 1922.2 y 1926.1 C.Cv. y; en caso de concurso del comprador, tendrá un derecho de preferencia conforme al artículo 90.4º LC. Frente a los terceros adquirentes, la inscripción en el Registro implicará la eficacia de la reserva de dominio y por lo tanto la desprotección de los terceros que, en la concepción clásica (artículos 464 y 1295 C.Cv., 85 C.Com. y 34 LH.) estarían a salvo de la acción reivindicatoria del vendedor. Si el pacto de reserva de dominio no se ha inscrito en el Registro, conforme al artículo 15.1 LVBMP, solo producirá efectos *inter partes*²²⁶.

Cuando el pacto de reserva de dominio se encuentre contenido en un contrato no sometido a la LVBMP, por ser un contrato en el que no se haya pactado el pago aplazado en varios periodos, la jurisprudencia²²⁷, en general, reconoce el derecho del vendedor a interponer una tercería de dominio contra los acreedores del comprador que hubiesen promovido un procedimiento de apremio ya

²²⁵ Se refiere a ello DE VERDA Y BEAMONTE, J.R., "El pacto de reserva de dominio en el artículo 4.1 de la Directiva 2000/35/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 29 de junio e 2000 (A propósito de la STJCE de 26 de octubre de 2006)", *Noticias de la Unión Europea*, 290, marzo 2009, p. 8

²²⁶ MIQUEL GONZÁLEZ, en opinión que no compartimos, considera que el tercero protegido por el artículo 15 LVBMP es solamente el tercer adquirente a título oneroso y de buena fe. Por tanto, no considera terceros a los acreedores del comprador, ni tampoco a los terceros adquirentes de mala fe o a título gratuito. Fundamenta su teoría en que ello es lo más razonable y concordante con el artículo 1124.4º C.Cv. (MIQUEL GONZÁLEZ, J.M. "La reserva de dominio"... cit. p. 589

²²⁷ SS TS de 19 de mayo de 1989 (RJ/1989/3778), de 16 de julio de 1993 (RJ/1993/6450), de 23 de febrero de 1995 (RJ/1995/1701), 3 de julio de 1996 (RJ/1996/5555), de 21 de marzo de 2003 (RJ/2003/2761), de 16 de marzo de 2007 (RJ/2007/1857), 8 de noviembre de 2007 (RJ/2007/7418)

que hasta el pago del precio aplazado se considera que el comprador no adquiere la propiedad de la cosa y por lo tanto sus acreedores no pueden embargarla²²⁸. No hace falta que el vendedor haya accedido al Registro de Venta a Plazos de Bienes Muebles, basta con que pueda demostrar que ese pacto de reserva de dominio es de una fecha anterior a la de los créditos que motivaron el embargo. La admisión de la eficacia del pacto de reserva de dominio frente a terceros adquirentes de buena fe a título oneroso resulta más complicada debido a la existencia de algunas normas del Derecho español (464 C.Cv., 85 C.Com.) que los protegen²²⁹. Recientemente, la jurisprudencia ha reconocido el derecho del vendedor a ejercitar la acción reivindicatoria²³⁰ contra los terceros adquirentes, es decir aquellos a quienes el comprador haya pretendido transmitir la cosa antes de haber pagado íntegramente su precio ya que, como se ha indicado al tratar de su naturaleza jurídica en la tesis que compartimos, la reserva de dominio opera como una condición suspensiva y por lo tanto el comprador no es propietario sino que tiene una expectativa de serlo si paga su precio y es esa expectativa lo que puede transmitir a los terceros, pero no la propiedad. Esta doctrina jurisprudencial parece mantener una excepción al principio de la relatividad de los efectos del contrato (artículo 1257 C.Cv.), al reconocer la eficacia frente a los terceros adquirentes del pacto de

²²⁸ La tercería de dominio solo procede cuando los acreedores del comprador embarguen la propiedad plena del bien, no cuando lo embargado sea la expectativa del comprador de adquirirla una vez pagado su precio ya que, como indican DE VERDA Y BEAMONTE, J.R., "El pacto de reserva de dominio... cit. p. 10 y MONTÁNCHEZ RAMOS, M., *Algunas reflexiones respecto del pacto de reserva de dominio*, Madrid, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, 2006, p. 126, los acreedores del comprador pueden dirigirse contra el bien vendido pero limitando su reclamación al derecho que sobre el mismo mantiene el comprador, es decir, una titularidad condicionada al pago del precio

²²⁹ Como indica MIQUEL GONZÁLEZ, no hay una regla general en virtud de la cual el propietario sucumba ante un tercero de buena fe por la simple apariencia de la posesión del transmitente. Recuerda este autor que no cabe confundir supuestos concretos de protección de terceros frente a los titulares de los derechos con una regla general que imponga la pérdida del derecho por la buena fe y la apariencia. El principio es que el propietario tiene acción para reivindicar y que no pierde su derecho sin un hecho propio, a salvo las excepciones establecidas en la ley (MIQUEL GONZÁLEZ, J.M. "La reserva de dominio"... cit. p. 577)

²³⁰ SS TS de 7 de octubre de 1995 (RJ/1995/7025) y de 14 de octubre de 2003 (RJ/2003/6498)

reserva de dominio. En cualquier caso, es probable que el reconocimiento de la posibilidad de ejercitar la acción reivindicatoria por el vendedor frente a los adquirentes en las sentencias citadas en gran medida se deba a la existencia de mala fe por su parte ya que si se hubiese tratado de adquirentes a título oneroso y de buena fe es probable que ese criterio no se hubiese mantenido²³¹.

Debemos referirnos también a los efectos que produce la cláusula de reserva de dominio cuando el comprador se encuentra en situación de concurso de acreedores. Estos efectos se derivan de lo dispuesto en los artículos 56 y 90 de la Ley 22/2003, de 9 de julio concursal²³². La doctrina que se ha ocupado de estudiar esta cuestión²³³ considera que, conforme al primero de ellos (art. 56) el vendedor podrá ejercitar la acción de recuperación inmediatamente, no obstante la declaración de concurso, siempre que el bien al que dicha acción se refiera no se encuentre afecto a la actividad empresarial o profesional o a una unidad productiva de titularidad del comprador concursado, ya que si fuese así no podría ejercitar dicha acción el vendedor hasta que se apruebe un convenio cuyo contenido no afecte a dicho bien o hasta que transcurra un año desde la declaración del concurso sin que se hubiere producido la apertura de la liquidación. Si el vendedor hubiera ejercitado la acción de recuperación cuando se declaró el concurso, se suspenderá la misma conforme a lo que se acaba de indicar. De acuerdo con el artículo 56.3, en cualquier momento de la tramitación del concurso la administración concursal podrá optar por atender con la salvedad expuesta al pago del crédito garantizado con la reserva de dominio

²³¹ Como pone de manifiesto DE VERDA Y BEAMONTE, J.R., "El pacto de reserva de dominio... cit. p. 11

²³² Según la redacción dada por la Ley 38/2011 de 10 de octubre

²³³ MARTÍNEZ ROSADO, J., *La compraventa a plazos de bienes muebles con reserva de dominio en el concurso*, Madrid, La Ley, RDCyP monografía nº 2, 2005 pp. 199 y ss., MIQUEL GONZÁLEZ, J.M. "La reserva de dominio"... cit. p. 582 y ss. y DE VERDA Y BEAMONTE, J.R., "El pacto de reserva de dominio... cit. p. 12 Con referencia a los bienes inmuebles, ESPEJO LERDO DE TEJADA, M., *La reserva de dominio inmobiliaria en el concurso*, Civitas, Navarra, 2006, pp. 155 y ss.,

con cargo a la masa pagando inmediatamente todo el precio aplazado. Entonces la propiedad del bien se transferirá al comprador y, por consiguiente, pasará a formar parte de la masa activa. Si el vendedor reclama el pago, la legislación concursal confiere (artículo 90.1.4º) a su crédito garantizado con reserva de dominio el carácter de especialmente privilegiado y por lo tanto podrá cobrar con carácter preferente el importe de los plazos pendientes. Será necesario, si se trata de un contrato sometido a la LVBMP, que el pacto haya accedido al Registro, conforme al artículo 90.2 LC. Si se trata de un contrato no sometido a esta ley la jurisprudencia ha considerado también a ese crédito como un crédito con privilegio especial sin necesidad de inscripción en el Registro de la Propiedad, bastará con que conste fehacientemente que es de fecha anterior a los créditos de los acreedores del comprador²³⁴.

Para concluir con los efectos que el pacto de reserva de dominio tiene frente a terceros hemos de referirnos a un supuesto bastante frecuente en la práctica que es el del embargo promovido por los acreedores del vendedor, antes de que el comprador haya pagado totalmente el precio de la cosa. La jurisprudencia²³⁵ ha resuelto esta cuestión reconociendo al comprador legitimación para ejercitar una tercería de dominio, siempre que conste que el contrato de compraventa tiene una fecha cierta anterior a la de los créditos que motivaron el embargo. Esta jurisprudencia se basa en dos argumentos: en primer lugar, en el artículo 1121 C.Cv. según el cual el acreedor puede, antes del cumplimiento de las condiciones (suspensivas o resolutorias) ejercitar las acciones procedentes para la conservación de su derecho y en segundo en el hecho de que los acreedores del vendedor no pueden embargar al comprador un bien

²³⁴ S TS de 28 de julio de 2011 (RJ/2011/6283)

²³⁵ SS TS de 19 de mayo de 1989 (RJ/1989/3778), en su FJ 3º, de 16 de julio de 1993 (RJ/1993/6450) en su FJ 3º, de 23 de febrero de 1995 (RJ/1995/1701) en su FJ 3ª, de 3 de julio de 1996 (RJ/1996/5555) en su FJ 4º y de 21 de marzo de 2003 (RJ/2003/2761) en su FJ 1º

que no le pertenece plenamente ya que lo que tiene sobre él es una mera titularidad provisional del derecho de propiedad.

1.7.2 La reserva de dominio en la ley de morosidad

a) La regulación de la reserva de dominio en la Directiva

Junto a las principales medidas sustantivas adoptadas para combatir la morosidad a las que hemos hecho referencia en los anteriores apartados de este capítulo, la LMOC, en su artículo 10, reconoce también a las partes la posibilidad de pactar la cláusula de reserva de dominio en los contratos de compraventa, como una medida que puede contribuir a luchar contra la morosidad en los pagos. Este precepto encuentra su fundamento en el artículo 4 de la Directiva 2000/35 (artículo 9 de la Directiva 2011/7/UE)²³⁶ que permite a los Estados miembros disponer que el vendedor conserve la propiedad de los bienes hasta el pago total del precio, siempre que se haya convenido expresamente una cláusula de reserva de dominio entre comprador y vendedor antes de la entrega de los bienes. Como la propia Directiva declara²³⁷ su pretensión es garantizar que los acreedores puedan utilizar estas cláusulas con carácter no discriminatorio en el ámbito de la Unión Europea si es válida con arreglo a las disposiciones nacionales aplicables conforme al Derecho internacional privado.

La redacción final de este precepto comunitario resultó bastante desacertada²³⁸, por las discrepantes opiniones entre las instituciones

²³⁶ En la Directiva 2011/7/UE es el artículo 9 el que se ocupa de la regulación de la reserva de dominio sin que la reforma de la Directiva haya supuesto ninguna alteración respecto a la originaria redacción excepto una ligerísima mejora en la misma al sustituir la expresión "...de conformidad con el Derecho internacional..." por "... con arreglo al Derecho internacional..."

²³⁷ V. considerando 21.

²³⁸ Al repasar la tramitación del artículo 4 de la Directiva 2000/35 observamos cómo finalmente el régimen jurídico resultante quedó bastante alejado de las primeras versiones del legislador comunitario, que no consiguió unificar la regulación de una garantía mobiliaria

que participaron en la elaboración de la Directiva. Mientras la Comisión y el Parlamento europeo eran partidarios de dotar de eficacia completa a la reserva de dominio cuando hubiera sido acordada por los contratantes de manera explícita y de incrementar el grado de armonización de la cláusula de reserva de dominio entre los Estados miembros, el Consejo deseaba eliminar de la Directiva cualquier referencia a la reserva de dominio por no interferir en el régimen de la reserva de dominio existente en cada Estado. La discrepancia se resolvió por el Comité de Conciliación del que resultó el texto vigente. De este modo la cláusula de reserva de dominio, tal y como aparece regulada en la Directiva se concibe como una condición suspensiva incluida en un contrato de compraventa que permite al vendedor retener la propiedad de los bienes vendidos hasta el completo pago del precio y que para que sea válida no se exige una forma especial²³⁹, pero sí que se haya convenido expresamente entre el vendedor y el comprador antes de la entrega de los bienes. La Directiva ha optado por una regulación de mínimos²⁴⁰ y no pretende establecer una regulación sustantiva del pacto de reserva de dominio sino que se limita a garantizar su eficacia en la jurisdicción de cualquier Estado miembro, siempre que la legislación aplicable reconozca su validez, de forma que no añada nada y remite su régimen al Derecho interno de cada Estado. La diversidad del tratamiento normativo que a la reserva de dominio se da en los distintos ordenamientos jurídicos dificulta la armonización y

que tiene gran importancia en el tráfico intracomunitario. Se habla incluso de una "jibarizada" reserva de dominio europea, así OLIVA BLÁZQUEZ, F., "La reserva de dominio como instrumento..." cit., p. 106. El legislador comunitario no aprovechó la modificación de la Directiva en el año 2011 para subsanar estos errores ya que ha mantenido su redacción en los mismos términos

²³⁹ Cosa que si hacía la propuesta modificada de Directiva que exigía la constancia de la reserva de dominio "...en el contrato modelo del vendedor, en la factura o en los documentos de entrega que acompañen a los bienes..."

²⁴⁰ Como indica ZAHINO RUIZ, M.L., "Consideraciones en torno a la cláusula de reserva de dominio en la Ley 3/2004, de 29 de diciembre, por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales", *Garantías reales mobiliarias en Europa*, Marcial Pons, Madrid, Barcelona, 2006, p. 445

el resultado ha sido esta regulación prácticamente vacía de contenido a la que nos estamos refiriendo²⁴¹

La redacción final del artículo 4 de la Directiva 2000/35 dejó al margen cuestiones tan importantes como la eficacia de la reserva de dominio en caso de insolvencia del deudor o la determinación de su eficacia frente a los terceros de buena fe²⁴². Pero, sobre todo, introdujo una confusa referencia al Derecho internacional privado cuya interpretación resulta compleja²⁴³ y que se ha intentado resolver²⁴⁴ acudiendo al espíritu de la Directiva. El considerando 21 manifiesta que es deseable garantizar el que los acreedores puedan hacer uso de la cláusula de reserva de dominio con carácter no discriminatorio en toda la Comunidad. Conforme a ello, lo que parece estar ordenando la Directiva a los Estados miembros es que éstos aseguren que el acreedor de fuera del Estado miembro (o domiciliado en otro Estado miembro o de un Estado miembro cuyo Derecho no es aplicable al contrato) podrá retener la propiedad de los bienes vendidos y emplear esta medida como garantía de su derecho de crédito, independientemente de cuáles sean los requisitos de eficacia exigidos en cada ordenamiento jurídico nacional.

²⁴¹ Como puso de manifiesto el Dictamen del CESE sobre la Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales (DOCE C 407, de 28 de diciembre de 1998, p. 54) a pesar de que la cláusula de reserva de dominio existe en todos los Estados miembros, su contenido y efectos difieren. Sobre esta cuestión también CUARTERO RUBIO, M.V., "La lucha contra la morosidad..." cit. p. 4

²⁴² Para ZAHINO RUIZ, M.L., "Consideraciones..." cit. p. 450 aunque la Directiva 2000/35/CE no aborda de manera expresa el problema fundamental de la oponibilidad a terceros de la cláusula de reserva de dominio, su eficacia *erga omnes* aparece implícita en el tenor literal de los preceptos que la regulan ya que tanto el artículo 2.3 como el 4.1 se refieren al efecto de conservación de la propiedad en general, no limitado al comprador. Mientras que para DE VERDA Y BEAMONTE, J.R., "El pacto de reserva de dominio..." cit. p. 8, la regulación de las condiciones de oponibilidad de las cláusulas de reserva de dominio a los acreedores del comprador y, en general, a los terceros, ajenos a dichos pactos, es una cuestión que se remite a la regulación propia de cada Estado.

²⁴³ Ya que habrá que tratar de averiguar que quiere decir la Directiva cuando indica: "... de conformidad con la normativa nacional aplicable de conformidad (como antes hemos indicado, desde 2011 acertadamente, la Directiva utiliza la expresión con arreglo al) con el Derecho internacional privado..."

²⁴⁴ Por la mayor parte de la doctrina que se ha ocupado de esta cuestión, así OLIVA BLÁZQUEZ, F., "La reserva de dominio..." cit. p. 107 y 108, PERALES VISCASILLAS, M.P., *La morosidad en las operaciones...* cit. p. 324, MIRANDA SERRANO, L. M. *Aplazamientos de pago y morosidad...* cit. p. 418 y 419

Una línea doctrinal muy destacable ha venido entendiendo que la exigencia de que el pacto de reserva de dominio haya sido convenido expresamente antes de la entrega del bien es un requisito, no al que se subordina la obligación de los Estados miembros de aplicarlo, sino que es un requisito para que este pacto sea oponible a terceros²⁴⁵. Esta interpretación del precepto, sin embargo, no concuerda con la expuesta en una Sentencia del TJCE, de 26 de octubre de 2006²⁴⁶, que resuelve un recurso de la Comisión Europea contra Italia. En este caso, la Comisión europea había denunciado a Italia por entender que la normativa italiana reguladora de la reserva de dominio (concretamente sus artículos 1524 del Código Civil y 11 del Decreto Legislativo núm. 231 de 9 de octubre de 2002) era contraria al artículo 4.1 de la Directiva 2000/35/CE al exigir, para ser oponible a los acreedores del comprador, que figure por escrito en un documento que tenga una fecha cierta anterior al procedimiento de embargo o que haya sido confirmada en cada una de las facturas correspondientes a las entregas sucesivas. En su demanda, la Comisión sostenía que la Directiva pretende unificar la regulación de los Estados miembros en lo referente a los requisitos para que el pacto sea oponible a terceros; el Gobierno italiano se atenía a la letra de la ley argumentando que su normativa no vulneraba el Derecho comunitario al no afectar más que al régimen de oponibilidad de la cláusula a los acreedores del comprador, con lo cual partía de la premisa de que el artículo 4 no había pretendido establecer una regulación uniforme de los requisitos para que el pacto de reserva de dominio fuera oponible a terceros y por lo tanto cada Estado

²⁴⁵ En esta línea CARRASCO PERERA, para quien lo que pretendía el artículo 4 de la Directiva 35/2000 es que se armonizara en el seno de la UE una regla en virtud de la cual los proveedores de bienes pudieran garantizarse frente al impago del vendedor mediante una retención del dominio oponible a terceros. (CARRASCO PERERA, A., "Morosidad y reserva de dominio"... cit. p. 3) Según OLIVA BLÁZQUEZ, la interpretación correcta de la norma es la siguiente: los tribunales deben reconocer la eficacia frente a terceros de una cláusula de reserva de dominio invocada por un acreedor siempre y cuando las normas de conflicto conduzcan a la aplicación del ordenamiento jurídico de un Estado de la Unión (OLIVA BLÁZQUEZ, F., "La reserva de dominio...", cit. p. 107)

²⁴⁶ S TJCE 2006/311

conservaba libertad para legislar sobre la materia. La sentencia desestimó el recurso de la Comisión y declaró que la norma impugnada no había vulnerado el artículo 4.1 de la Directiva 2000/35 basándose en una interpretación gramatical y finalista del precepto. Concluía su argumentación indicando que “las normas que se cuestionan en el presente caso, que se refieren a la oponibilidad de las cláusulas de reserva de dominio a terceros, cuyos derechos no se vean afectados por la Directiva 2000/35, continúan estando reguladas exclusivamente por los ordenamientos jurídicos internos de los Estados miembros”.

Si tenemos en cuenta todo lo que se acaba de indicar, del artículo 4 de la Directiva 2000/35/CE se desprende que la validez de la cláusula de reserva de dominio se valora exclusivamente conforme a la legislación nacional que sea aplicable según la norma de conflicto. Debemos entender, con la mayoría de la doctrina que ha estudiado esta cuestión, que el texto reconoce la cláusula de reserva de dominio simple y no se aplica a las denominadas reservas de dominio complejas²⁴⁷. Los Estados miembros deberán reconocer la eficacia del pacto de reserva de dominio sólo cuando se haya pactado antes de la entrega de los bienes. Y, finalmente, por lo que respecta a su eficacia frente a terceros, la cuestión se remite a la normativa de cada Estado miembro. Hubiera sido deseable, pues, un régimen más detallado en la Directiva, en la medida en la que su eficacia frente a terceros queda en manos de los Estados miembros.

²⁴⁷ Entre las reservas de dominio complejas se incluyen por ejemplo la reserva de dominio ampliada o extensa, que se establece para garantizar el pago de otras deudas, la reserva de dominio prolongada, caracterizada normalmente porque en ella el vendedor autoriza al comprador a revender o a transformar los bienes sobre los que pesa la reserva de dominio o la reserva de dominio cedida y enlazada. Sobre estas cuestiones véase OLIVA BLÁZQUEZ, F., “La reserva de dominio...”, cit. p. 108, DE VERDA Y BEAMONTE, J.R., “El pacto de reserva de dominio... cit. p.6. Puede verse un estudio de estas cláusulas en MARÍN LÓPEZ, M.J., “La reserva de dominio sobre bienes muebles”... cit. pp. 974 y 975

b) La regulación de la reserva de dominio en la LMOC

Si la regulación de la reserva de dominio contenida en la Directiva 2000/35/CE es, en nuestra opinión, desacertada, no lo es menos la transposición de la misma efectuada por medio del artículo 10 LMOC. Siguiendo al legislador comunitario, en el párrafo primero del artículo 10, el legislador español reconoce la reserva de dominio como un instrumento de garantía²⁴⁸ para que el vendedor conserve la propiedad de los bienes hasta el pago total del precio siempre que esta cláusula se haya pactado expresamente entre el comprador y el vendedor antes de la entrega de los bienes. El precepto no exige forma escrita, sino convenio expreso entre las partes. Rige pues, el principio de libertad de forma (arts. 1278 CCv. y 51 CCom.) de igual manera que en la Directiva respecto a esta materia.

En su segundo párrafo, el artículo 10²⁴⁹ contiene una regla aplicable a algunos contratos de financiación para los que rige la ley de morosidad (por ejemplo la venta a plazos de maquinaria y bienes de equipo entre empresarios cuando la operación sea financiada por una entidad de crédito) permitiendo al vendedor subrogar en su derecho a quien, mediante la realización de anticipos, financiación o asunción de la obligación, realice la contraprestación por cuenta del deudor.

En su último párrafo, el artículo 10 reconoce al vendedor, o al tercero que haya financiado la operación, un derecho a retener la documentación acreditativa de la titularidad de los bienes sobre los

²⁴⁸ Y, por lo que respecta a su naturaleza jurídica, considera a la misma como una condición suspensiva, en la línea doctrinal y jurisprudencial mayoritaria, véase RIVERA FERNÁNDEZ, M., *La posición del comprador...* cit. p. 28 y ss., BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., *La cláusula de reserva de dominio...* cit. pp. 43 y ss. y LÓPEZ Y LÓPEZ, A.M., *Voz "reserva de dominio"...* cit. p. 5958

²⁴⁹ Reconoce la norma que "el vendedor podrá subrogar en su derecho a la persona que, mediante la realización de anticipos, financiación o asunción de la obligación, realiza la contraprestación por cuenta del deudor o permite a este último adquirir derecho sobre el objeto de la reserva de dominio o utilizarlo cuando dicha contraprestación se destina, efectivamente, a ese fin". El supuesto de hecho recogido en este artículo se refiere a los casos en que una entidad financiera otorgue al comprador un crédito para adquirir el bien sobre el que pesa la reserva de dominio, en cuyo caso la entidad financiera podrá subrogarse en la posición del vendedor

que se haya pactado la reserva de dominio, como una medida de conservación de su derecho²⁵⁰.

Lamentamos constatar que la forma en la que se ha llevado a cabo la transposición de la cláusula de reserva de dominio a la normativa española sobre morosidad resulte tan desafortunada²⁵¹. Y ello es así porque, de un lado, el artículo 10 reconoce los efectos entre las partes de la reserva de dominio, reconocimiento que no era necesario realizar dado que se deriva de la autonomía privada y del principio de libertad de pactos plasmado en el artículo 1255 del Código Civil; resultando también innecesario el reconocimiento de la posibilidad de subrogación en el párrafo segundo de este artículo 10 dada la existencia del artículo 1209 del C.Cv. que se ocupa de regular la subrogación convencional con carácter general.

De otro lado, y esto es lo que resulta más grave, no regula la eficacia frente a terceros acreedores y subadquirentes del deudor de la reserva de dominio. Porque parece que la LMOC ignora completamente la utilidad de la reserva de dominio como uno de los instrumentos con los que podrá contar el vendedor para garantizarse la conservación de la titularidad sobre los bienes vendidos si, antes de cobrar íntegramente la deuda, aparecen acreedores individuales del comprador o se inicia un procedimiento concursal contra él. Y es precisamente en el ámbito de la eficacia frente a terceros donde la

²⁵⁰ Sobre esta cuestión RIVERA ÁLVAREZ, J.M., "La retención de la documentación como medio de garantizar la eficacia de la cláusula de reserva de dominio (Artículo 10.3º de la Ley 3/2004, de 29 de diciembre, por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales)", en AA.VV., *Garantías reales mobiliarias en Europa*, Marcial Pons, Madrid, Barcelona, 2006, pp. 551 a 562.

²⁵¹ La califican, incluso, de inútil CARRASCO PERERA, A., "Morosidad y ..." cit. p. 3, para quien "...la norma carece de sentido..." y OLIVA BLÁZQUEZ, que hace suyas las palabras del anterior cuando afirma: "Se ha dicho que la norma no aporta nada, que carece de sentido y que lo único que se ha hecho es tolerar una nueva regla plenamente inútil en el ordenamiento jurídico privado español". OLIVA BLÁZQUEZ, F., "La reserva de dominio...", cit. p. 115). Aunque desafortunada, no podemos decir, sin embargo, que la regla contenida en el art. 10 LMOC sea inadecuada, al menos si nos atenemos al pronunciamiento que ha hecho el TSJCE en la sentencia antes citada de de 26 de octubre de 2006 ya que coincide con la interpretación que del artículo 4 de la Directiva hace esa sentencia, como se ha indicado anteriormente. No obstante, MIQUEL GONZÁLEZ, considera que el artículo 10 de la ley española, al reducir la eficacia de la reserva de dominio a las relaciones entre comprador y vendedor supone un incumplimiento de la Directiva (MIQUEL GONZÁLEZ, J.M. "La reserva de dominio"... cit. p. 556)

reserva de dominio debe tener utilidad²⁵² y sin embargo la Ley no se ocupa de ello al no referirse a esa eficacia expresamente²⁵³. En el Proyecto de LMOC que se presentó por el Gobierno el 27 de junio de 2003 se añadía un párrafo 4º al artículo 10 en el que se condicionaba la eficacia frente a terceros de la reserva de dominio al cumplimiento de los requisitos de forma de los artículos 1280 y 1526 del Código Civil, en su caso mediante el otorgamiento de documento público intervenido notarialmente e inscrito en el registro competente según la naturaleza de los bienes transmitidos²⁵⁴. Tras varias enmiendas presentadas por los grupos parlamentarios vasco, socialista, catalán y de Izquierda unida, ese párrafo desapareció del texto de la LMOC²⁵⁵ y finalmente su artículo 10 no hace referencia alguna a la eficacia frente a terceros de la reserva de dominio. Se desaprovechó, pues, la oportunidad de haber reconocido en nuestro ordenamiento una cláusula de reserva de dominio eficaz frente a terceros sin más requisitos que el de haber sido pactada expresamente y antes de la

²⁵² Como señala LÓPEZ Y LÓPEZ, A.M., Voz "reserva de dominio".. cit. p. 5958, sin eficacia frente a terceros el pacto carece de utilidad alguna y podría, si no se diera ninguna suerte de esa eficacia, ser desterrado de la práctica

²⁵³ Aunque, compartimos la opinión de DE VERDA Y BEAMONTE, que matiza que el que el artículo 10 no se refiera a la eficacia externa del pacto de reserva de dominio no significa que la excluya. Para este autor este precepto se explica por la inercia de copiar el precepto comunitario, al hacerlo el legislador español solo alude a las relaciones internas y con esta alusión no ha pretendido excluir la eficacia frente a terceros del pacto de reserva de dominio cuando proceda conforme a las reglas generales (DE VERDA Y BEAMONTE, J.R., "El pacto de reserva de dominio... cit. p.15)

²⁵⁴ El indicado párrafo 4 decía así: "Si las partes o sus subrogados quisieran dotar a la reserva de dominio de efecto contra terceros deberán cumplimentar los requisitos de forma establecidos en los artículos 1.280 y 1.526 del Código Civil, en su caso, mediante el otorgamiento de documento público intervenido notarialmente del que se tomará razón en el registro competente según la naturaleza de los bienes transmitidos y si los mismos fueren susceptibles de inscripción".

²⁵⁵ La supresión se justificó en que se trataba de una norma gravemente perturbadora del funcionamiento de nuestro sistema registral porque, conforme indicaba la enmienda nº 7 presentada por el grupo parlamentario vasco, invocaba el documento público notarial como único título inscribible de la reserva de dominio impuesta en compraventas sujetas al ámbito de aplicación de la ley. En desacuerdo ZAHINO RUIZ, M.L., "Consideraciones..." cit. p. 453 para quien esto no es cierto ya que es posible el acceso registral de reservas de dominio, sus modificaciones o cancelaciones en títulos públicos administrativos o judiciales y porque es notorio que desde que entró en vigor la LVBMP una pieza clave del sistema de publicidad de las ventas a plazos es su sencilla formalización en modelos oficiales carentes del rigor del documento notarial y con libre acceso, incluso telemático, al Registro de bienes muebles. Sin embargo, en opinión de OLIVA BLÁZQUEZ, F., "La reserva de dominio..." cit. p. 115, hay que felicitar de esa supresión del párrafo 4º del artículo 10 ya que de haberse mantenido la exigencia de documento público notarial como requisito de eficacia frente a terceros de la reserva de dominio el "dislate" habría sido absoluto.

entrega de los bienes. Intereses corporativos impidieron que bastara el documento privado sin necesidad de su inscripción en el Registro de Bienes muebles. De nuevo se ha desaprovechado la ocasión de establecer la eficacia frente a terceros de la reserva de dominio con motivo de las reformas tanto de la Directiva como de la ley española de morosidad que se han llevado a cabo ya que ni el artículo 9 de la Directiva (antiguo artículo 4 de la Directiva 2000/35) ni el artículo 10 LMOC han experimentado cambio alguno respecto a su redacción originaria y una vez más hay que resolver la cuestión recurriendo a las reglas generales sobre la institución de la cláusula de reserva de dominio que, por otro parte y como hemos indicado al principio de este epígrafe, no existen en Derecho español sino que tienen un carácter fragmentario.

Aunque no es muy eficaz desde el punto de vista práctico, nada obsta a que se otorgue escritura pública en la que conste la reserva de dominio y se solicite su inscripción en el Registro de bienes muebles. Esto es, depende de las partes el que esta cláusula tenga eficacia frente a terceros.

2. Las medidas accesorias introducidas por la Ley 15/2010, de 5 de julio de modificación de la Ley 3/2004

Una vez analizadas las medidas sustantivas de lucha contra la morosidad introducidas por la Ley 3/2004, hemos de hacer referencia a las incorporadas en la Ley 15/2010 de modificación de la LMOC. Estamos ante un conjunto de normas que incorporan medidas de adhesión o cumplimiento voluntario, cuya falta de seguimiento por parte de los empresarios o de las Administraciones Públicas no tiene consecuencias jurídicas. Se trata de medidas que con el paso del tiempo y en parte debido a la escasa efectividad práctica de la Ley

3/2004 se habían propuesto por la doctrina²⁵⁶ y por algunas organizaciones empresariales, como la Plataforma contra la morosidad y que la Ley 15/2010 finalmente decidió implantar²⁵⁷. Algunas de ellas (como los códigos de conducta, o el recurso a la mediación y el arbitraje) pueden coadyuvar a reducir la morosidad, pero no se prevén sanciones si no se adoptan por los empresarios.

2.1 El deber de transparencia en las buenas prácticas comerciales. Los códigos de conducta

Como hemos tenido ocasión de indicar en el capítulo III al ocuparnos del proceso de reforma de la Ley de morosidad, la Ley 15/2010, en su artículo 7, ha añadido un nuevo precepto que no existía en la ley originaria (el artículo 11) para velar por la transparencia en el cumplimiento de las obligaciones de pago. En el citado precepto la Ley 15/2010 impone a las Administraciones públicas el deber de promover dos medidas con las cuales se pretende lograr esa transparencia. La primera de ellas es la elaboración por parte de los empresarios y de las Administraciones públicas, de Códigos de buenas prácticas comerciales y la segunda la adopción de sistemas de resolución de conflictos a través de la mediación y del arbitraje, de adscripción voluntaria por parte de los agentes económicos.

El hecho de que la Ley española de modificación de la LMOC se haya redactado antes que la modificación de la Directiva 2000/35 pone de manifiesto en este punto una nueva discrepancia entre ambas normas ya que observamos que esta cuestión aparece más

²⁵⁶ Medidas propuestas por ejemplo en varios artículos de la obra ya citada AA.VV., *Morosidad, aplazamientos de pago y empresa familiar*, publicada en 2010 por la Academia Sevillana del Notariado. También en: <http://www.gestoresderiesgo.com/colaboradores/pere-brachfield-morosologo/la-necesidad-de-que-exista-un-codigo-etico-de-buenas-practicas-en-los-pagos>.

²⁵⁷ En la línea que establecía el ya citado Informe sobre la morosidad en las operaciones comerciales publicado por el Observatorio PYME en marzo de 2010

desarrollada en la Directiva 2011/7/UE que en la ley española. Mientras que, como acabamos de indicar, la ley española se refiere a dos medidas para conseguir la transparencia en las buenas prácticas que serían los códigos de conducta y el fomento la utilización de la mediación y arbitraje (atendiendo así a lo dispuesto en su artículo 8.4 y en el considerando 34), la Directiva incluye más medidas para incrementar la sensibilización respecto a las vías de recurso ante la morosidad entre empresas, tales como las campañas de promoción, publicaciones periódicas o cualesquiera otras que sirvan a este fin.

Centrándonos en las medidas previstas en la ley española (art.11) por lo que respecta a la primera de ellas, es decir, a la promoción de la elaboración de Códigos de buenas prácticas comerciales se plantean varias cuestiones de interés. En primer lugar, la existencia de Códigos de buenas prácticas fue una de las medidas sugeridas en el Dictamen jurídico que un grupo de expertos independientes²⁵⁸ redactó, en septiembre de 2009, a petición de la Dirección General de Política de la PYME para conseguir una mayor eficacia en la aplicación de la normativa sobre morosidad. Se sugería en este dictamen que la elaboración por parte de los empresarios y de las Administraciones Públicas de un “Código de buenas prácticas comerciales sobre aplazamientos de pago y morosidad empresarial” o “Código de buenas prácticas comerciales” podría contribuir a mitigar la tan arraigada entre los empresarios cultura de la morosidad. Según estos expertos, los Códigos podrían conducir a un cambio de mentalidad o conciencia de los empresarios, contribuir a desarrollar una nueva cultura de buen comportamiento en los pagos y complementar o auxiliar a la regulación vigente (Ley de morosidad) al dar a conocer y promover las pautas de conducta que incorpora. Esta medida va en la

²⁵⁸ Entre los que se encontraban los profesores PERALES VISCASILLAS, MIRANDA SERRANO, PAGADOR LÓPEZ Y GARCÍA MANDALÓNIZ, según indica ésta última en “Morosidad y aplazamientos de pago abusivos: Lucha legislativa frustrada, reforma legislativa y propuestas de lucha efectiva”, en AA.VV., Morosidad, aplazamientos de pago y empresa familiar, Font Galán, J.I. y Miranda Serrano, L.M. (dirs.), *Academia Sevillana del Notariado*, 2010, p. 121

línea marcada, entre otras, por la Ley 34/2002, de 11 de julio de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico, que en su artículo 18 reconoce la necesidad de que las Administraciones públicas fomenten la utilización de códigos de conducta, así como la Ley 29/2009, de 30 de diciembre²⁵⁹, por la que se modifica el régimen legal de la competencia desleal y de la publicidad para la mejora de la protección de los consumidores y usuarios que introdujo en la Ley 3/1991 de 10 de enero de competencia desleal el capítulo V (artículos 37 a 39) por el que se regulan los códigos de conducta en la materia²⁶⁰.

En segundo lugar, debemos recordar que estos códigos tienen un carácter voluntario²⁶¹, no obligatorio y por lo tanto solamente obligarán en tanto en cuanto las partes que intervengan en el contrato decidan adherirse a ellos²⁶², como claramente indica el

²⁵⁹ Por medio de la cual se llevó a cabo la transposición al Derecho español de la Directiva 2005/29/CE del Parlamento europeo y del Consejo de 11 de mayo de 2005 relativa a las prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los consumidores en el mercado interior

²⁶⁰ El artículo 2 f) de la Directiva 2005/29/CE define el código de conducta como el acuerdo o conjunto de normas no impuestas por disposiciones legales, reglamentarias o administrativas de un Estado miembro, en el que se define el comportamiento de aquellos comerciantes que se comprometen a cumplir el código en relación con una o más prácticas comerciales o sectores económicos concretos. Sobre los códigos de conducta en la LCD véase MASSAGUER FUENTES, J., "Códigos de conducta y competencia desleal: aspectos sustantivos y procesales", *Indret*, nº 2, 2011, http://www.indret.com/pdf/823_es.pdf

²⁶¹ Como indica OLIVENCIA RUIZ, respecto de los códigos de buen gobierno, no son normas jurídicas ni emanan de entes dotados de poder normativo, sino que se trata de recomendaciones de asunción voluntaria por sus destinatarios, quienes libremente pueden decidir seguirlos o no. Si las siguen, las reglas adoptadas cobran el efecto jurídico de su asunción y pueden convertirse en Derecho objetivo o en Derecho negocial (estatutos, acuerdos sociales, por ejemplo); pero si no las siguen, no pueden ser exigidas a sus destinatarios, quienes no incurren por ello en responsabilidad ni en infracción sancionable (OLIVENCIA RUIZ, M. "Los códigos de buen gobierno: valoración", *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, nº 0, 2008, p. 26). Aunque hay quien, como MALUQUER DE MOTES BERNET, C.J., "Los códigos de conducta como fuente de Derecho", *Derecho Privado y Constitución*, (Número Monográfico sobre Fuentes del Derecho en Homenaje al profesor Javier Salas Hernández) nº 17, 2003, p. 371 y ss., considera a los códigos de conducta como costumbre y por lo tanto fuente del Derecho

²⁶² Sobre la obligatoriedad de los códigos de conducta véase ILLESCAS ORTÍZ, quien insiste en que la fuerza de obligar de la autorregulación, sencillamente, estriba en el consentimiento prestado por el autorregulado. Para este autor no existe en el ordenamiento jurídico —ni puede existir— ninguna otra fuerza de obligar de una regla de derecho: o el poder público la impone con su fuerza delegada o el ciudadano la acepta voluntariamente cuando aquella imposición no existe (ILLESCAS ORTÍZ, R. "La autorregulación, entre la quiebra de la relatividad y la obligatoriedad de la declaración unilateral de voluntad", *Derecho Privado y Constitución*, (Número Monográfico sobre Fuentes del Derecho en Homenaje al profesor Javier Salas Hernández) nº 17, 2003, p. 302 y 303) En la misma línea SORO RUSELL, tras un exhaustivo análisis de la jurisprudencia sobre la materia concluye al menos de momento

artículo 11 *in fine* de la Ley 15/2010. En nuestra opinión se trata de una medida que resultará poco eficaz para combatir la morosidad. Los códigos de conducta, de gran arraigo en el Derecho anglosajón, en España están cada vez más extendidos en todos los ámbitos (sobre todo privado empresarial, pero también en el sector público) y son sin duda instrumentos que presentan grandes ventajas en las relaciones empresariales (contribuyen a mejorar la información, la transparencia y la calidad, facilitan la solución de controversias, etc.) sin embargo dudamos de que puedan contribuir a solucionar de forma eficaz el problema de la morosidad en las operaciones comerciales precisamente por ese carácter voluntario, por su falta de imperatividad. No obstante, los defensores de la introducción de los códigos de conducta en la Ley fundamentan su necesidad en que pueden ser un instrumento para luchar contra la tan arraigada “cultura” de la morosidad ya que consideran que, al ser la intencionalidad la causa de muchos impagos como han puesto de manifiesto (y hemos constatado en el capítulo II) los estudios realizados al respecto sobre la morosidad en la UE, es necesario luchar contra ella y propiciar un cambio en las conductas del pago.

En tercer lugar queremos también indicar que estos códigos de buenas prácticas a los que hace referencia el artículo 11 de la ley de morosidad se aplicarían a los destinatarios de la normativa sobre morosidad: empresarios en su más amplio sentido, profesionales liberales y Administraciones Públicas, quedando excluidos, al igual

y en nuestro país, los códigos de conducta de “tipo supra-empresarial” que, como el de Autocontrol, contemplan la posibilidad de emitir sanciones por su incumplimiento, sólo desplegarán sus efectos o serán jurídicamente vinculantes respecto de aquellos sujetos que voluntariamente lo hayan suscrito, esto es, que hayan aceptado libremente someterse al cumplimiento de sus normas y al acatamiento de las sanciones que contempla. Por tanto, sólo podrán tener efectos *inter partes*, ya que nadie puede verse vinculado por unas normas privadas que no ha aceptado voluntariamente (SORO RUSELL, O., “Veinte años de resoluciones judiciales de interés civil y mercantil en materia de códigos de conducta, una repercusión todavía muy limitada”, *Indret*, Barcelona, abril de 2010, p. 42, www.indret.com). Sobre esta cuestión v. también PALÁ LAGUNA, R., “Soft law, moral suasion y autorregulación. ¿Tibieza del legislador o prudencia en la elaboración de normas jurídicas?”, *Nul: estudios sobre invalidez e ineficacia*, nº 1, 2010, ESTEVE PARDO, J., *Autorregulación: génesis y efectos*, Aranzadi, Pamplona, 2002 y FERNÁNDEZ MAGARZO, M.R., “Códigos de conducta”, *RDCE*, nº 7, 2010, pp. 91 a 118

que de ella, los consumidores²⁶³ los cuales en materia de códigos de conducta se someterán (voluntariamente) a lo previsto en la LCD (artículos 37 a 39) de la LCD²⁶⁴.

Estos códigos destinados a combatir la morosidad, habrán de regular las materias previstas en la LMOC como los plazos de pago, el tipo de interés de demora, las cláusulas abusivas o la indemnización por costes de cobro.

En lo que se refiere al contenido de estos códigos de conducta, el Dictamen jurídico citado sugería que se tendrían que incluir los deberes de información y colaboración, los deberes relativos a la obligación del pago del precio y el deber de sometimiento a arbitraje. El Informe sobre la morosidad en las operaciones comerciales publicado por el Observatorio PYME indicaba que los códigos deberían incluir, en cualquier caso; la prohibición de modificar los acuerdos, la prohibición de prácticas que aumenten artificialmente los plazos de pago, limitación de períodos de aceptación y liquidación, limitación de los períodos de aceptación y/o verificación y la prohibición de obstaculizar la aplicación de la cláusula de dominio. El artículo 8.4 de la Directiva 2011/7/UE declara, respecto al contenido de los “códigos de pago puntual” que deberán establecer claramente los plazos de pago y un procedimiento adecuado para la tramitación de pagos objeto de controversia, o cualquier otra iniciativa que aborde la cuestión crucial de la morosidad y contribuya a desarrollar una cultura de pago sin demora.

²⁶³ GARCÍA MANDALÓNIZ, M. “Morosidad y aplazamientos de pago ..” cit. p. 123, excluye del ámbito de aplicación subjetivo, además de a los consumidores, a las Administraciones Públicas.

²⁶⁴ No obstante, como advierte BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A., cuando el artículo 37.1 de la LCD (sobre códigos de conducta) se refiere a las prácticas desleales no solo se alude a las que se realizan frente a los consumidores sino que puede referirse también a prácticas comerciales desleales entre empresarios (BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A., “Los códigos de conducta, la autorregulación y la nueva Ley de Competencia Desleal”, en AA.VV., *El Derecho mercantil en el umbral del siglo XXI. Libro homenaje al profesor Dr. Carlos Fernández-Novoa con motivo de su octogésimo cumpleaños*, Marcial Pons, Madrid, Barcelona, Buenos Aires, 2010, p. 276)

Para concluir, queremos dejar constancia de que el sector agroalimentario es el que hasta el momento ha desarrollado con más detalle estos códigos de buenas prácticas comerciales²⁶⁵, debido al impulso que las Administraciones públicas están llevando a cabo en este ámbito²⁶⁶. El 19 de octubre de 2012, el Consejo de Ministros informaba²⁶⁷ del Anteproyecto de Ley de medidas para mejorar el funcionamiento de la cadena alimentaria, con el que se propone aumentar la competitividad del sector y reducir los desequilibrios en las relaciones entre los operadores comerciales y prevé la regulación de los códigos de buenas prácticas en la contratación alimentaria²⁶⁸. La autorregulación de las relaciones comerciales se centra en el establecimiento de un Código de Buenas Prácticas Mercantiles cuya adhesión es voluntaria. El Anteproyecto prevé también la creación de un Registro Estatal que agruparía a todos aquellos operadores de la cadena alimentaria que se adscriban al Código. Prevé también la posibilidad de que existan otros códigos de buenas prácticas mercantiles, impulsados por otras administraciones públicas o por los propios operadores de la cadena.

²⁶⁵ Un ejemplo reciente en: <http://www.interempresas.net/Alimentaria/Articulos/55230-Jarc-firma-el-codigo-de-buenas-practicas-comerciales-en-la-cadena-alimentaria.html>.

²⁶⁶ Así desde el Ministerio de Medio Ambiente y Medio Rural y Marino se ha creado un grupo de trabajo reducido para la negociación de un listado de buenas prácticas comerciales, http://www.ipacuicultura.com/noticias/ultima_hora/13306/grupo_de_trabajo_para_impulsar_un_codigo_de_buenas_practicas_comerciales.htm, En Cataluña el Gobierno ha impulsado la firma de un acuerdo sobre el código de buenas prácticas en la cadena alimentaria <http://www.europapress.es/catalunya/noticia-govern-impulsa-codigo-buenas-practicas-comerciales-cadena-alimentaria-20110729104649.html> y <http://gavet.es/cataluna-firma-un-acuerdo-sobre-el-codigo-de-buenas-practicas-comerciales-en-la-cadena-alimentaria/>

²⁶⁷ <http://www.lamoncloa.gob.es/ConsejodeMinistros/Enlaces/191012-EnlaceCadenaAlimentaria.htm>.

²⁶⁸ El texto del borrador de Anteproyecto de Ley puede consultarse en: http://www.upa.es/_documentos/22_10_2012_Anteproyecto-Ley-Cadena-Alimentaria.pdf

2.2 El deber de promover sistemas alternativos resolución de conflictos: mediación y arbitraje

Vamos a ocuparnos ahora de la segunda de las medidas previstas en el nuevo artículo 11 para luchar contra la morosidad: la adopción de sistemas de resolución de conflictos a través de la mediación y el arbitraje. En este precepto se atribuye también a las Administraciones públicas la obligación de promover la adopción de esos sistemas de resolución de conflictos alternativos a la vía judicial, que también habían sido demandados sobre todo desde las organizaciones de las pequeñas y medianas empresas como una herramienta útil para la lucha contra la morosidad y que, al igual que sucede con los códigos de buenas prácticas comerciales, son de adscripción voluntaria por parte de los agentes económicos. Se trata de una medida que, como hemos visto, la Directiva 2011/7/UE también insiste en promover, si bien no la incluye en su articulado sino que la menciona en su considerando 34, en el que insta a los Estados miembros a fomentar el recurso a la mediación o a otros medios alternativos de solución de conflictos.

En España, el régimen jurídico aplicable a la mediación es la Ley 5/2012 de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles, que, recientemente, ha incorporado al Derecho español la Directiva 2008/52/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2008, sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles²⁶⁹. Mientras la Directiva 2008/52/CE se limita a establecer unas normas mínimas para fomentar la mediación en los litigios transfronterizos en asuntos civiles y mercantiles²⁷⁰, la Ley

²⁶⁹ Sin embargo, como indica su Exposición de motivos, su regulación va más allá del contenido de esta norma de la Unión Europea, en línea con la previsión de la disposición final tercera de la Ley 15/2005, de 8 de julio, por la que se modifica el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio, en la que se encomendaba al Gobierno la remisión a las Cortes Generales de un proyecto de ley sobre mediación.

²⁷⁰ V. considerando 8

5/2012 de 6 de julio, conforma un régimen general aplicable a toda mediación que tenga lugar en España y pretenda tener un efecto jurídico vinculante, si bien circunscrita al ámbito de los asuntos civiles y mercantiles. El transcurso del plazo de incorporación al ordenamiento jurídico español de la Directiva 2008/52/CE, que finalizó el 21 de mayo de 2011, justificó el recurso al Real Decreto-ley, como norma adecuada para efectuar esa necesaria adaptación de nuestro Derecho.

En la Ley 5/2012 de 6 de julio (artículo 1) se define la mediación como aquel medio de solución de controversias, cualquiera que sea su denominación, en que dos o más partes intentan voluntariamente alcanzar por sí mismas un acuerdo con la intervención de un mediador. En este precepto se refleja cómo la norma española ha tenido en cuenta las previsiones de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Conciliación Comercial Internacional de 24 de junio de 2002²⁷¹ que contiene una amplia definición de conciliación para abarcar el mayor número posible de ADR (*Alternative Dispute Resolution*)²⁷² y así se consideran incluidos además de la conciliación y mediación cualquier término equivalente, en el que las partes soliciten a un tercero, o a un grupo de personas, que les presten asistencia en su amigable tentativa de llegar a un arreglo de su controversia²⁷³.

La Disposición Final Segunda de la Ley 5/2012, de 6 de julio modificó el artículo 2.1 i) de la Ley 3/1993, de 22 de marzo, Básica de las Cámaras Oficiales de Comercio, Industria y Navegación, para incluir entre las funciones de carácter público-administrativo de las Cámaras de Comercio, Industria y Navegación las de impulsar y desarrollar la mediación, así como desempeñar funciones de arbitraje, mercantil nacional e internacional. A partir de ese

²⁷¹ Aprobada por la Comisión en su 35º período de sesiones del año 2002.

²⁷² Sobre esta cuestión, e España, v. AA.VV. *Mediación, arbitraje y resolución extrajudicial de conflictos en el siglo XXI*, (coord. García Villaluenga, L., Tomillo Urbina, J.L., Vázquez de Castro, E., y Fernández Canales, C.), ed. Reus, Madrid, 2010

²⁷³ ILLESCAS ORTÍZ, R. y PERALES VISCASILLAS, M.P., *Derecho mercantil internacional. El Derecho uniforme*, Madrid, Centro de Estudios Ramón Areces, 2003, pp. 484 y ss.

momento, el CGPJ trasladó a las Cámaras de Comercio su receptividad a que se conviertan en el interlocutor de referencia en el desarrollo de la mediación mercantil, a través de programas conjuntos entre los Juzgados de lo mercantil y las Cámaras de Comercio. El día 11 de noviembre de 2012, se presentó el Servicio de Mediación de las Cámaras de Comercio. Para el desarrollo de este servicio las Cámaras han elaborado un Reglamento modelo y un programa de formación común de los mediadores. Según la información transmitida por el Consejo Superior de Cámaras de Comercio²⁷⁴, el procedimiento de mediación podrá iniciarse mediante la presentación de una solicitud tras la cual se informará a las partes de las características de la mediación, que constará de una o varias sesiones y el plazo medio para la resolución de los conflictos se estima inferior a dos meses.

Por lo que respecta al arbitraje, se encuentra regulado en la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de arbitraje, modificada por la Ley 11/2011, de 20 de mayo, de reforma de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre de arbitraje y de regulación del arbitraje institucional en la Administración General del Estado. Como declara su Exposición de Motivos (apartado I), el principal criterio inspirador de esta ley es la Ley Modelo elaborada por la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, de 21 de junio de 1985 (Ley Modelo de CNUDMI/UNCITRAL), recomendada por la Asamblea General en su Resolución 40/72, de 11 de diciembre de 1985²⁷⁵, teniendo en cuenta las exigencias de la uniformidad del Derecho procesal arbitral y las necesidades de la práctica del arbitraje comercial internacional. El

²⁷⁴http://www.camaras.org/publicado/comunicacion/oficina_prensa.jsp?step=3&PRDID=424
25

²⁷⁵ El 7 de julio de 2006, la CNUDMI aprobó enmiendas del párrafo 2 del artículo 1, del artículo 7 y del párrafo 2 del artículo 35, el nuevo capítulo IV A que sustituye al artículo 17 y un nuevo artículo 2A. La versión revisada del artículo 7 tiene por objeto modernizar el requisito de la forma para los acuerdos arbitrales. La Asamblea General de la ONU publicó estas enmiendas que pueden verse en <http://www.uncitral.org/pdf/spanish/texts/arbitration/NY-conv/a61-33-s.pdf>

legislador español sigue la recomendación de las Naciones Unidas, acoge como base la Ley Modelo y, además, toma en consideración los sucesivos trabajos de la UNCITRAL con el propósito de incorporar los avances técnicos y de atender a las nuevas necesidades de la práctica arbitral, particularmente en materia de requisitos del convenio arbitral y de adopción de medidas cautelares.

A petición de la Dirección General de Política de las PYMES se redactó²⁷⁶ una Propuesta de Anteproyecto de Ley titulada “Ley por la que se establecen medidas adicionales de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales: procedimiento de cobro de deudas dinerarias mediante arbitraje” cuyo ámbito de aplicación sería el cobro de las deudas dinerarias derivadas de operaciones entre empresas o entre empresas y la Administración. En este texto, entre otras medidas, se estableció la necesidad de una habilitación legal para posibilitar su aplicación a los contratos administrativos para lo cual habría que modificar la LCSP²⁷⁷ y se constató que, lógicamente, no podría abarcar materias de orden público indisponible. La propuesta de anteproyecto presumía la existencia de un acuerdo de sometimiento a arbitraje siempre que la cuantía de la controversia no excediera de 30.000 euros y que ninguna de las partes hubiera manifestado su voluntad expresa en contra. También se aplicaría a los casos en que hubiera un convenio arbitral anterior o posterior a la (eventual) entrada en vigor de la ley propuesta. Los expertos que redactaron esta propuesta sugirieron que en unos tiempos de crisis económica como la actual, deberían ocuparse del sistema arbitral así diseñado las correspondientes Cortes de arbitraje de las Cámaras Oficiales de Comercio, Industria y Navegación o, en su defecto, la

²⁷⁶ Según da noticia GARCÍA MANDALÓNIZ, M., en “Morosidad y aplazamientos de pago ..” op. cit. p. 121, la redacción de esta propuesta corrió a cargo de los profesores PERALES VISCASILLAS, MIRANDA SERRANO, PAGADOR LÓPEZ Y GARCÍA MANDALÓNIZ.

²⁷⁷ Modificación que tuvo lugar por el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, para adaptar la LCSP, entre otras a la LMOC, y de la que nos ocuparemos en el capítulo siguiente de esta tesis

Corte Española de Arbitraje, dependiente del Consejo Superior de Cámaras de Comercio, Industria y Navegación, en lugar de encargarse a un órgano arbitral creado *ad hoc*, que sería la otra opción. En cualquier caso, los arbitrajes sobre las controversias surgidas en operaciones comerciales que cayeran bajo el ámbito de la Ley de morosidad se regularían por la Ley propuesta y, supletoriamente, por la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de arbitraje, al ser ésta, como indica en su artículo 1.3, de aplicación supletoria a los arbitrajes previstos en otras leyes. Esta propuesta de Anteproyecto, que fue redactada en el año 2009 y por lo tanto antes de la entrada en vigor de la Ley 15/2010, no se ha tramitado como proyecto de ley, de modo que no existiendo una normativa específica en la materia, al arbitraje en materia de morosidad se le aplicará Ley 60/2003, de 23 de diciembre.

Como hemos indicado al ocuparnos de la mediación, la Ley de mediación en asuntos civiles y mercantiles ha incluido entre las funciones de carácter público-administrativo de las Cámaras de Comercio, Industria y Navegación la de desempeñar funciones de mediación y de arbitraje, mercantil nacional e internacional. Al igual que en el caso de la mediación, el desarrollo por este organismo de las funciones de arbitraje, puede ser una vía importante para una rápida solución de conflictos en materia de morosidad.

Creemos que la inclusión de la obligación por parte de las Administraciones Públicas del fomento del arbitraje como un medida que puede contribuir a disminuir la morosidad es positiva, en tanto que se trata de una solución de los conflictos alternativa (con un considerable ahorro de costes, lo cual es importante especialmente en tiempos de crisis) a la resolución judicial. Dado que el sometimiento a arbitraje es voluntario, será esencial que las autoridades competentes tengan verdadera voluntad a la hora de dar

impulso a esta medida, que ya ha mostrando buenos resultados en el ámbito de los contratos entre particulares, especialmente en los contratos de arrendamientos²⁷⁸.

2.3 El deber de información de las sociedades acerca de los plazos de pago de sus deudas

La Disposición adicional 3ª de la Ley 15/2010 establece otra novedad en el régimen de la morosidad en operaciones comerciales, al imponer a las sociedades la obligación de publicar “de forma expresa” las informaciones sobre plazos de pago a sus proveedores en la memoria de sus cuentas anuales. Son las sociedades de capital las que están obligadas a formular cuentas anuales conforme a los artículos 253 y ss de la LSC. Por lo tanto, los empresarios que hayan adoptado la forma de SA o SRL o sociedad comanditaria por acciones²⁷⁹, estarán obligados a publicar en la memoria de sus cuentas, la información sobre los plazos de pago a sus proveedores. Pero no hay que olvidar que también otras sociedades mercantiles como las personalistas, pueden elaborar cuentas anuales en cuyo caso también estarán sometidas a la obligación de proporcionar la información sobre plazos de pago a sus proveedores, aunque la práctica demuestra que no se trata de un supuesto frecuente.

El párrafo segundo de la Disposición Adicional 3ª atribuye al Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas (iCAC) la función de determinar cual deberá ser la información que haya que incorporarse a la memoria de las cuentas para que, desde el ejercicio 2010, la auditoría contable contenga la información que acredite si los aplazamientos de pago se encuentran dentro de los límites que fija la

²⁷⁸<http://www.elmundo.es/elmundo/2010/01/07/suvienda/1262886530.html?a=7cc8583b04215d9499f0aec538f5e44d&t=1352720533>

²⁷⁹ Estos son los tres tipos de sociedades que, según el artículo 1 de la LSC son sociedades de capital

ley. En cumplimiento de esta disposición se aprobó la Resolución de 29 de diciembre de 2010, del ICAC, sobre la información a incorporar en la memoria de las cuentas anuales en relación con los aplazamientos de pago a proveedores en operaciones comerciales²⁸⁰.

Esta Resolución se aplica a todas las empresas²⁸¹ españolas en la formulación de cuentas anuales individuales y consolidadas. No se aplica a las Administraciones públicas, pero sí a las empresas públicas. Se requiere información sobre el número de días que la empresa ha superado el plazo legal de pago previsto en la LMOC además de en otras normas; para ello, en la medida en que la empresa puede tener que cumplir con distintos plazos legales en función de la naturaleza del bien o servicio de que se trate o de la actividad desarrollada, y para ponderar el incumplimiento, se emplea el indicador "plazo medio ponderado excedido de pagos"²⁸². El deber de información afecta a las operaciones comerciales de pago, es decir a los acreedores comerciales incluidos en el correspondiente epígrafe del pasivo corriente del modelo de balance, y por lo tanto quedan fuera del ámbito de aplicación objetivo de la norma los acreedores o proveedores que no cumplen tal condición para el sujeto deudor que informa, como son los proveedores de inmovilizado o los acreedores por arrendamiento financiero²⁸³.

Para poder apreciar el grado de cumplimiento de la Ley de morosidad, la norma tercera de esta Resolución del ICAC recoge la información que se debe incluir por parte de las empresas en la

²⁸⁰ Publicada en el BOE el 31 de diciembre de 2010

²⁸¹ En esta norma se considera empresa a cualquier persona jurídica o empresario persona física que actúe en el ejercicio de su actividad independiente económica o profesional (norma 1ª). Se observa aquí una discrepancia entre la DA 3ª de la Ley 15/2010 y la Resolución del ICAC ya que mientras la ley impone la obligación a las sociedades (por tanto personas jurídicas), el ICAC incluye también a los empresarios personas físicas.

²⁸² Este plazo se define en la norma segunda de la Resolución como el importe resultante del cociente formado en el numerador por el sumatorio de los productos de cada uno de los pagos a proveedores realizados en el ejercicio con un aplazamiento superior al respectivo plazo legal de pago y el número de días de aplazamiento excedido del respectivo plazo, y en el denominador por el importe total de los pagos realizados en el ejercicio con un aplazamiento superior al plazo legal de pago

²⁸³ Al respecto hay que tener en cuenta que la Resolución entiende por proveedores a los acreedores comerciales incluidos en el pasivo corriente del balance por deudas con suministradores de bienes o servicios (norma segunda)

memoria de sus cuentas anuales individuales y, en su caso consolidadas. En una nota independiente deben incluir información sobre: el importe pagado fuera o dentro del plazo legal, el plazo medio ponderado excedido de pagos durante el ejercicio y el saldo pendiente de pago al cierre del mismo que acumule un aplazamiento superior al permitido por la ley. No obstante, se ha estimado proporcionado en razón de su magnitud, el exigir un menor detalle de información contable a la PYMES y así las empresas que puedan elaborar memoria en modelo abreviado o que opten por la aplicación del Plan General de Contabilidad de PYMES no estarán obligadas a informar del plazo medio ponderado excedido de pagos durante el ejercicio, pero si acerca del importe pagado dentro o fuera del plazo legal y del saldo pendiente de pago al cierre de las cuentas que supere los plazos permitidos por la ley.

Por último, la DT 2ª de la Resolución del ICAC establece el régimen de cumplimiento gradual que se ha fijado para el primer ejercicio de aplicación, del que sólo se solicita un análisis sobre la antigüedad de los saldos al cierre del mismo, al objeto de facilitar la aplicación de los nuevos requerimientos ante la previsión de que las empresas puedan verse en la necesidad de tener que adaptar sus sistemas informáticos. Esta Resolución del ICAC entró en vigor al día siguiente de su publicación en el BOE, es decir, el día 1 de enero de 2011.

Nos parece positiva la adopción, por parte de la Ley 15/2010 de esta medida de imposición de un deber de información por parte de las sociedades acerca de los plazos de pago a sus proveedores, ya que supone transparencia y fomento de un mejor comportamiento. No obstante, nuevamente se echa de menos que junto a esas medidas no se haya previsto la imposición de sanciones a su incumpliendo. Si se trata de una obligación de las sociedades, no estaría de mas que junto a la misma se hubieran establecido también

las consecuencias del incumplimiento de esa obligación de información más allá de las salvedades que pueda hacer constar el auditor de cuentas en el caso de que las empresas las sometan a auditoría contable. Y no solo eso sino que también se corre el riesgo de que se publiquen los datos pero la cuestión se limite a ello, es decir que una sociedad se conforme con cumplir la norma indicando los plazos de pago pero no haga nada por intentar reducir esos plazos de pago.

2.4 El seguimiento de la evolución de la morosidad y de los resultados de la eficacia de la Ley

El artículo segundo de la Ley 15/2010 impone al Ministerio de Industria, Turismo y Comercio la obligación de realizar un seguimiento de la evolución de los plazos de pago y de la morosidad en las transacciones comerciales²⁸⁴ así como de los resultados de la práctica y eficacia de la Ley, con la participación de las asociaciones multisectoriales de ámbito nacional y autonómico así como de la plataforma multisectorial contra la morosidad²⁸⁵.

La plataforma multisectorial contra la morosidad (PMcM) es una asociación que agrupa a una treintena de instituciones sectoriales de toda España, que representan aproximadamente a un millón de empresas, con una cifra de negocio cercana a los 140.000 millones de euros, y que dan empleo a más de 4,5 millones de trabajadores y autónomos. Su misión fundamental consiste en colaborar con el Ministerio de Industria, Turismo y Comercio, a través del Observatorio oficial de la morosidad, informando sobre la evolución de los plazos de pago y velando por el cumplimiento íntegro de la normativa²⁸⁶.

²⁸⁴ Suponemos que en la línea seguida con el Informe sobre la morosidad en las operaciones comerciales redactado por el Observatorio PYME, al que hemos hecho referencia en otros capítulos de este trabajo

²⁸⁵ <http://www.pmcmm.es/>

²⁸⁶ Están integrados en la PMcM los siguientes sectores: patronales pymes y asociaciones profesionales de empresarios, asociaciones empresariales (de agentes y representantes de comercio, de climatización agua, gas y electricidad, de demolición, corte y perforación y de

La Plataforma multisectorial contra la morosidad ha sido hasta el momento la más diligente en el cumplimiento de estas obligaciones de seguimiento de la evolución de la morosidad ya que elaboró en el año 2011 un Informe de morosidad que publicó en enero de 2012²⁸⁷ en el que recoge una encuesta realizada entre sus empresas asociadas, en su mayor parte PYMES y autónomos. Las conclusiones más destacables de este informe son: a) El plazo medio de cobro de las empresas en 2011 fue de 98 días, lo que significó un aumento de cinco días respecto a las estimaciones efectuadas para el año anterior. Este resultado es coherente con las respuestas acerca de la dinámica del año en cuanto a plazos: un 33,7% de las empresas registraron plazos de cobro más largos, un 41,9% igual y un 24,4% inferiores a los de 2010, b) El plazo medio de cobro que registraron las empresas en sus ventas al sector público se cifró en 162 días, un dato superior en cinco días al que se estimó en 2010, que fue de 157. Un 51,7% de las empresas afirmaron que los plazos fueron más largos respecto a 2010, c) La ratio de morosidad en España en 2010 (porcentaje de impagos respecto total facturación) alcanzó el 7,1%, lo que significó un notable empeoramiento respecto a 2010 (5,1%). Un 40,1% de las empresas afirmó que tenía más impagados que en el año anterior, d) Un 11,3% de las empresas encuestadas no conocía la existencia de la Ley 15/2010 y e) El 63,2% de las empresas encuestadas tiene en la actualidad contratos o acuerdos comerciales con clientes que les exigen plazos de pago superiores a los 85 días²⁸⁸ que establece la Ley 15/2010.

tecnologías de la información y contenidos digitales), comercio e industria, construcción, industria auxiliar de la construcción, industria de cables y conductores eléctricos, industria del material eléctrico y electrotécnico, industria de iluminación pública y doméstica, canal de distribución (de abastecimiento de aguas, auxiliar de la construcción, bienes de equipo e industriales, material eléctrico y electrotécnico, productos de ferretería y bricolaje y siderometalúrgico y hierro) y servicios (instalación eléctrica y telecomunicaciones, instalación y mantenimiento y fontanería, calefacción, gas y climatización).

²⁸⁷ Y que puede consultarse en <http://www.pmcem.es/documentacion/informativa.html>

²⁸⁸ Nos referimos al plazo de 85 porque según la DT 2ª era el plazo aplicable hasta el 31 de diciembre de 2011 y la encuesta se refería a ese año

Este informe pone de manifiesto la poca efectividad de las medidas previstas en la LMOC. Si bien es cierto que la crisis económica ha elevado el índice de morosidad, no lo es menos que, con anterioridad a la misma, los deudores incumplían las previsiones de la LMOC

Además de elaborar este informe, a principios de 2012 la PMcM planteó al Gobierno una serie de propuestas para erradicar la morosidad²⁸⁹. Entre ellas instaba al Gobierno a llevar a cabo la modificación de de la Ley 15/2010 para establecer un régimen sancionador, a crear el Observatorio de morosidad y la figura del mediador empresarial para disminuir la judicialización de los conflictos entre empresas motivados por impagos y agilizar su resolución. Además incluyó propuestas para facilitar el acceso de las empresas al crédito (por ejemplo la modificación de los plazos de pago de las liquidaciones tributarias y de la Seguridad Social, en concordancia con los plazos de cobro habituales del mercado,) así como propuestas para mejorar la liquidez empresarial a corto plazo basadas en medidas tributarias (como “la implantación del criterio de caja en el pago del IVA y otros tributos tal como recogía el PP en su programa electoral”)

En julio de 2012 la PMcM dio noticia del estudio “La morosidad en el sector privado en España”, análisis realizado a partir de los datos de las cuentas del ejercicio 2010 depositadas en el Registro Mercantil por 14.280 empresas. Los datos más relevantes que se desprenden de este estudio son los siguientes: 1) El plazo medio de pago ha sido de 105 días. Las pequeñas empresas tienen un plazo más largo: 127 días, las medianas 110 y las grandes 103. 2) Por grandes sectores económicos es el de la construcción en el que se producen los plazos

²⁸⁹ El documento puede consultarse en <http://www.pmcM.es/documentacion/informativa.html>

de pago más dilatados (253 días), le sigue el de servicios (142), después industria (con 69) siendo el sector primario el que cuenta con los plazos más breves (48 días). 3) Por Comunidades Autónomas las más incumplidoras son Madrid (con un plazo de 120 días), Andalucía (119) y las Islas Baleares (112), mientras que las que tienen plazos más breves son las del norte: Navarra (69), Cantabria (77) y Aragón (79). En este estudio, la PMcM vuelve a reiterar, con el nombre “propuestas para mejorar la liquidez y reducir los plazos de pago” las medidas indicadas en las propuestas para erradicar la morosidad a las que hemos hecho referencia en el párrafo anterior.

La Ley 15/2010 reconoce también en su artículo segundo que el seguimiento de la evolución de la morosidad se plasmará en el informe anual que el Gobierno deberá remitir a las Cortes Generales sobre la situación de los plazos de pago que permita analizar la eficacia de la presente ley. Este informe será publicado en la página web del Ministerio de Industria, Turismo y Comercio. Por el momento y transcurridos dos años desde la entrada en vigor de la Ley 15/2010 no se ha publicado ningún informe, de modo que el Ministerio ya ha incumplido con la obligación de redacción, al menos, del primer informe anual. El legislador no suele sancionar al ejecutivo con lo que una vez más se pone de manifiesto, la necesidad de que, junto con las medidas legales de lucha contra la morosidad, se produzca un cambio de actitud y una toma de conciencia de la gravedad y urgencia de una solución por parte de todos los sujetos implicados en esa lucha (incluido el propio Gobierno)

CAPÍTULO VI

ANÁLISIS DEL CONTENIDO DE LA LEY DE MOROSIDAD (III)

LA MOROSIDAD DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS

1. Introducción

Como ya hemos tenido ocasión de constatar en los capítulos anteriores, uno de los aciertos de la normativa sobre morosidad ha sido la de la inclusión, dentro de su ámbito de aplicación subjetivo, de las Administraciones públicas. Aunque en la práctica no haya dado los resultados esperados, consideramos muy destacable el hecho de que el legislador haya querido solucionar los problemas que, sobre todo para las PYMES, tienen las sin duda excesivas demoras en los pagos por parte de las Administraciones, especialmente la local, en España.

Por todo ello, aunque la materia excede del contenido de la presente tesis -que se circunscribe al tratamiento de la morosidad en el Derecho privado- creemos oportuno realizar aquí algunas consideraciones de interés para el análisis de la morosidad en las operaciones comerciales cuando el deudor es una Administración pública. Dedicaremos este capítulo al estudio, aunque sea breve, de aquellas cuestiones relativas a la morosidad del sector público y a las medidas que en España se han tomado para intentar combatirla. Concretamente nos vamos a ocupar, en primer lugar, de las modificaciones introducidas por la LMOC (primero por la Ley 3/2004 y después por la Ley 15/2010) en la normativa administrativa. A continuación analizaremos las medidas que, a través de esas modificaciones, la ley de morosidad adopta para combatir la dilación en los plazos de pago por parte de las Administraciones públicas. Por último, haremos referencia al proceso que, tras la publicación del Real Decreto 4/2012, se ha ido desarrollando en paralelo a la ley de

morosidad, a la vista del fracaso de las medidas que ésta ha previsto y a la necesidad de dar una respuesta urgente a la dramática situación que han provocado, especialmente a las PYMES, los excesivamente largos plazos de pago a los que la Administración ha venido sometiendo a las empresas.

2. Las modificaciones de normas administrativas por la Ley 3/2004 y la Ley 15/2010

2.1 La modificación de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas

La inclusión de las Administraciones públicas en el ámbito de aplicación subjetivo de la Directiva 2000/35/CE (“poderes públicos” ex art. 1.1¹) hizo necesario modificar la regulación del tipo de interés de demora e introducir el reconocimiento del derecho del acreedor a una indemnización por los gastos de cobro de la deuda para adecuar la normativa española sobre contratación pública a la normativa comunitaria². Y ello se llevó a cabo a través de la Disposición Final Primera de la Ley 3/2004, por la cual se modificaba el Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (en adelante TRLCAP) que había sido aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio (hoy derogado por el TRLCSP) y que era la normativa vigente en materia de contratación pública en el momento en que se publicó la LMOC del año 2004.

¹ Recordemos aquí que el artículo 1.1 define a los poderes públicos como: “Toda autoridad o entidad contratante tal como se define en las Directivas sobre contratación pública”. Según las Directivas vigentes en aquel momento: son poderes públicos las entidades adjudicadoras, es decir, el Estado, los entes territoriales, los organismos de Derecho público y las asociaciones formadas por uno o varios de dichos organismos de Derecho público o de dichos entes.

² Como indica el penúltimo párrafo de la Exposición de Motivos de la Ley 3/2004

Los cambios introducidos por la DF 1^a en el TRLCAP afectaron a cinco artículos³.

Por lo que se refiere al primero de estos preceptos, el art. 99.4, las modificaciones afectaron al plazo de pago, al tipo de interés de demora y a la indemnización de los costes de cobro por parte de la Administración pública. En cuanto al plazo de pago el cambio consistió en que en la redacción originaria se cuantificaba en meses (dos) y ahora pasó a cuantificarse en días (sesenta) que, conforme al artículo 76 TRLCAP⁴ se entendían referidos a días naturales, por tanto los plazos pueden variar respecto del régimen anterior. Pero de esta forma se armoniza el cómputo de plazos en todo el TRLCAP en una mejor técnica normativa. La consecuencia del incumplimiento de ese plazo de 60 días se describe en la segunda parte del artículo 99.4 al indicar que la Administración deberá abonar al contratista los intereses de demora y la indemnización de los costes de cobro en los términos previstos en la Ley por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales⁵. Y aquí es donde aparece la segunda modificación del precepto ya que anteriormente el interés que estaba obligada a pagar la Administración era el legal del dinero incrementado en 1.5 puntos, de las cantidades adeudadas. Ahora deberá pagar, conforme a la LMOC, a falta de pacto, el aplicado por el BCE a su más reciente operación principal de financiación efectuada antes del primer día del semestre natural de que se trate más siete puntos porcentuales, por tanto se ha elevado considerablemente. A ello hay que añadir además el importe de la indemnización por costes de cobro. Dado que el artículo 7 LMOC fija el tipo legal "en defecto de pacto", se ha planteado si en el pliego de cláusulas administrativas podría establecerse un interés diferente (inferior o superior). La Junta Consultiva de Contratación

³ Los artículos 99.4, 110.4, 116. 4 y 5, 169.3 y a la Disposición Final primera apartado 2 letra a

⁴ Artículo 76 TRLCAP Cómputo de plazos: Todos los plazos establecidos en esta Ley, salvo que en la misma se indique que son de días hábiles, se entenderán referidos a días naturales

⁵ En los artículos 7 y 8 LMOC

Administrativa del Ministerio de Hacienda⁶ concluyó que “no es posible incluir en los pliegos un tipo de interés de demora inferior al previsto en el apartado 2 del artículo 7 de la Ley 3/2004, por cuanto para los contratos públicos está excluida la posibilidad de pacto”. Algún autor⁷ discrepa de este criterio al entender que la ley no ha establecido una regla diferente para la Administración y para las empresas y por lo tanto si se dan en el caso concreto los supuestos en los que no hay nulidad de la cláusula conforme al artículo 9 LMOC⁸, se podría fijar un interés menor al del artículo 7 LMOC. En nuestra opinión al no diferenciar la ley en el trato entre la Administración y las empresas, mantenemos el criterio que hemos sostenido al tratar esta cuestión en el capítulo IV, es decir, que aunque el artículo 9 utiliza la expresión “difieran del tipo legal” para determinar la posible condición de abusivas de las cláusulas, hay que entender que se refiere a que fijen un tipo inferior al legal ya que sólo resultarán abusivos aquellos pactos que perjudiquen al acreedor (los que fijen un tipo superior no perjudican al acreedor sino al deudor)

El segundo de los preceptos del TRLCAP alcanzado por la modificación es el art. 110.4. Aquí únicamente se ha alterado la redacción de su parte final en la que de nuevo sustituye el interés de demora previsto originariamente (el interés legal del dinero incrementado en 1,5 puntos) por el interés de demora y los costes de cobro previstos en la LMOC, lo que es coherente con el cambio en el cómputo del plazo. Sin embargo, se mantiene sin modificar la obligación de abonar el saldo de la liquidación en el plazo de un mes, en lugar de en el plazo de 60 días establecido en el artículo 99.4

⁶ En el Informe 5/05, de 11 de marzo que emitió previa consulta de la Diputación Provincial de A Coruña, que puede consultarse en <http://www.minhap.gob.es/es-ES/Servicios/Contratacion/Junta%20Consultiva%20de%20Contratacion%20Administrativa/Informes/Paginas/default.aspx>

⁷ MARTÍNEZ FERNÁNDEZ, J.M. “La aplicación a la contratación administrativa de la ley de medidas contra la morosidad en las operaciones financieras”, *REL*, nº 82, 2005, p. 55

⁸ Recordemos que este precepto declara la nulidad de las cláusulas pactadas entre las partes, que difieran en cuanto al tipo legal de interés de demora establecido en el artículo 7.2, cuando tengan un contenido abusivo en perjuicio del acreedor

(este precepto se refiere a este plazo especial "... sin perjuicio del plazo especial establecido en el apartado 4 del artículo 110")⁹.

Respecto a las relaciones del adjudicatario de un contrato con la Administración y los subcontratistas o suministradores de éste, el plazo que se establece para el pago de las facturas que adeude el contratista de la Administración a los subcontratistas o suministradores pasa de 60 a 30 días al aplicarse ahora el artículo 4 LMOC (art. 116,4 TRLCAP en la nueva redacción dada por la LMOC). No obstante, este plazo admite pacto en contrario, al mantenerse en el párrafo 5 del artículo 116 la obligación de instrumentar el pago en un documento que lleve aparejada acción cambiaria cuando el plazo acordado supere los 60 días o aval cuando supere los 120 días.

También se modifica el interés que el contratista tiene derecho a percibir en caso de resolución por demora de la Administración de un contrato de gestión de servicios públicos, ya que antes era el interés legal de las cantidades debidas o valores económicos convenidos y ahora es el previsto en la LMOC de esas cantidades debidas o valores económicos convenidos (art. 169.3 TRLCAP)

Por último, la reforma del TRLCAP unifica el cómputo de plazos en días naturales, se sustituye el término dos meses por el de sesenta días al hacer referencia al carácter máximo de los plazos del artículo 99. No obstante, mantiene en meses los otros dos plazos de cuatro y ocho

El TRLCAP, con las modificaciones introducidas por la Ley 3/2004, estuvo vigente hasta el 30 de abril de 2008, momento en el que fue derogado por la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de contratos de

⁹ Compartimos la opinión de MARTÍNEZ FERNÁNDEZ, J.M. "La aplicación a ..." cit. p. 57, para quien no se entiende por qué se recortó aquí a la mitad el plazo general establecido para los demás pagos en el artículo 99.4 pues es claramente insuficiente el plazo de un mes para confeccionar la liquidación, dar audiencia al contratista aprobarla y abonarla. Tampoco entiende este autor por qué este plazo se ha dejado referenciado en meses cuando en la LMOC se establece en días.

sector público (LCSP), que entró en vigor a los seis meses de su publicación en el BOE¹⁰.

La nueva ley alteró el régimen anterior, ya que introdujo algunas modificaciones en materia de pago del precio de los contratos y especialmente en los pagos a los subcontratistas y suministradores. En cuanto al pago del precio de los contratos, en el artículo 200.4 LCSP (que sustituyó al 99.4 TRLCAP) señala que cuando no proceda la expedición de certificaciones de obra y la fecha de recibo de la factura o solicitud de pago equivalente se preste a duda, o sea anterior a la recepción de las mercancías o a la prestación de los servicios, el plazo de 60 días que tiene la Administración para hacer los pagos, se contará desde dicha fecha de recepción o prestación¹¹. Además se permitió a las Comunidades Autónomas reducir los plazos de 60 días, cuatro meses (en cuyo caso el contratista tiene derecho a la suspensión del cumplimiento del contrato si lo comunica a la Administración con un mes de antelación) y ocho meses (en este caso el contratista podía resolver el contrato y pedir resarcimiento de los perjuicios) establecidos en los apartados 4,5 y 6 de ese precepto.

No se modifica, a nuestros efectos, el régimen del cumplimiento de los contratos y recepción de la prestación.

En lo que respecta a los pagos a los subcontratistas y suministradores la primera modificación consistió en declarar que los plazos fijados no podrían ser más desfavorables que los previstos en el artículo 200.4 para las relaciones entre la Administración y el contratista (como acabamos de indicar este plazo es de 60 días). La modificación más importante es la que introdujo la posibilidad para el contratista de pactar con los suministradores y subcontratistas plazos de pago superiores a los establecidos en el artículo 200 (60 días) siempre que dicho pacto no constituya una cláusula abusiva de

¹⁰ DF duodécima

¹¹ En línea con lo establecido por el artículo 4 LMOC sobre la determinación del plazo de pago en general para las operaciones comerciales entre empresas y entre éstas y la Administración.

acuerdo con los criterios establecidos en el artículo 9 de la Ley 3/2004, de 29 de diciembre, y que el pago se instrumente mediante un documento negociable que lleve aparejada la acción cambiaria, cuyos gastos de descuento o negociación corran en su integridad de cuenta del contratista. Adicionalmente, el suministrador o subcontratista podrá exigir que el pago se garantice mediante aval (el texto anterior, es decir, el TRLCAP permitía pactar plazos superiores a 60 días siempre que se emitiera un documento que llevara aparejada acción cambiaria y superiores a 120 días si se garantizaban mediante aval)

El artículo 169.3 del TRLCAP (relativo al derecho del contratista al abono del interés de demora previsto en la LMOC en caso de resolución del contrato de servicios públicos) se corresponde con el artículo 264.3 de la LCSP, sin alteración alguna de su contenido.

La reforma llevada a cabo por la LCSP nos parece acertada, ya que supone una mayor armonización entre la normativa administrativa y la normativa sobre morosidad.

2.2 La modificación de la Ley de Contratos del Sector Público

La Ley 15/2010, de 5 de julio, de modificación de la Ley 3/2004, de 29 de diciembre, por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales, en su artículo tercero lleva a cabo una modificación sustantiva de la Ley 30/2007, de 30 de octubre de contratos del sector público, y lo hace alterando la redacción de un precepto (el artículo 200.4) e introduciendo dos nuevos (el artículo 200 bis y la Disposición transitoria octava). A continuación procederemos a detallar los cambios que estas modificaciones han supuesto. La normativa vigente en la actualidad es el TRLCSP, al que haremos referencia al concluir este epígrafe y

que sólo ha supuesto cambios en la numeración de su articulado, pero no en su contenido.

En primer lugar, el artículo 200.4 LCSP, que se refiere al pago del precio de los contratos públicos por parte de la Administración, únicamente se ve afectado en la reducción del plazo que la ley reconoce a las Administraciones públicas para pagar sus contratos, antes era de 60 días y ahora pasa a ser de 30. La causa de la reforma, según declara la EM de la Ley 15/2010, es adecuar los plazos de pago a lo preceptuado en la Directiva 2000/35. No hay acuerdo en la doctrina administrativa respecto del ámbito de aplicación de esta reducción. Así, para algunos autores¹² afecta única y exclusivamente a los contratos administrativos al ser éstos los únicos cuyo régimen jurídico viene determinado por la LCSP y las únicas entidades del sector público que pueden realizar contratos administrativos son las Administraciones Públicas tal y como aparecen definidas en el artículo 3.2 LCSP. De manera que, para estos autores, la reducción del plazo de pago de 60 a 30 días para el sector público queda limitada a los contratos administrativos quedando el resto de los poderes adjudicadores que no son Administraciones públicas y el resto de entidades del sector público sometidos al mismo régimen de pago que el resto de las empresas privadas, esto es a los sesenta días generales que impone la ley para todos los contratos que se celebren a partir de su entrada en vigor. Sin embargo, para otros autores¹³ el artículo 200 LCSP obliga a la interpretación del concepto de Administración pública en el sentido de todo el sector público que tenga la consideración de poder

¹² DEL SAZ CORDERO, S., "La incidencia de las medidas de lucha contra la morosidad en los pagos del sector público", *RGDA*, nº 25, 2010, Iustel, p. 8

¹³ GIMENO FELIÚ, J.M. *Las reformas legales de la Ley 30/2007, de contratos del sector público. Alcance y efectos prácticos*, Thomson Reuters, Navarra, 2011, p. 34

adjudicador. Mientras que una tercera línea doctrinal¹⁴ sostiene que los contratos administrativos celebrados por un poder adjudicador se someterán al artículo 200.4 LCSP mientras que los contratos privados de las Administraciones o los que suscriban los poderes adjudicadores que no sean Administraciones públicas, se someten al régimen de plazos de pago de las empresas (60 días). Esta cuestión se relaciona con la relativa al ámbito de aplicación subjetiva (alcance del término "Administración") de la ley al que hemos hecho referencia en el capítulo IV.

En todo caso, sobre el alcance y la interpretación de esta novedad de la reducción del plazo de pago de 60 a 30 días volveremos en el epígrafe 3.1 de este capítulo.

Con objeto de hacer más eficaz la obligación de pago establecida en el precepto que se acaba de citar (200.4 LCSP), la Ley 15/2010, introduce un nuevo artículo, el 200 bis, en el que se recoge un procedimiento para hacer efectivas las deudas. Este precepto dispone que, una vez que hayan transcurrido los treinta días a los que alude el artículo 200.4, los contratistas puedan reclamar por escrito ante la Administración el cumplimiento de la obligación y los intereses de demora y si la Administración no contesta en un mes se considera vencido el plazo de pago y los interesados pueden interponer recurso contencioso-administrativo pudiendo solicitar como medida cautelar el pago inmediato de la deuda¹⁵. En el epígrafe siguiente de este capítulo analizaremos con detalle esta novedosa medida, baste señalar aquí que el propósito del legislador ha sido el de establecer un procedimiento ágil para hacer efectivas las deudas de los poderes

¹⁴ Representada por GARCÍA-TREVIJANO GARNICA, J.,A. y RECUERDA GIRELA, M.A, "Problemas de aplicación de la nueva Ley de morosidad y su especial incidencia en los contratos del sector público", *REDA*, nº 150, 2011, p. 346

¹⁵ El precepto añade que el órgano judicial adoptará la medida cautelar, salvo que la Administración acredite que no concurren las circunstancias que justifican el pago o que la cuantía reclamada no corresponde a la que es exigible, en cuyo caso la medida cautelar se limitará a esta última. La sentencia condenará en costas a la Administración demandada en el caso de estimación total de la pretensión de cobro

públicos, conforme a lo previsto en el artículo 5 de la Directiva 2000/35.

La última de las modificaciones de la LCSP que lleva a cabo la Ley 15/2010 es la que incluye la Disposición Transitoria 8ª relativa a los plazos de pago del artículo 200. En este precepto, como hemos visto, se reduce el plazo de pago de las deudas nacidas de los contratos celebrados por las Administraciones públicas de 60 a 30 días. No obstante, la DT 8ª matiza que ese plazo se aplicará a partir del día 1 de enero de 2013¹⁶. Aunque volveremos más adelante sobre ello, queremos dejar ya constancia de la inutilidad de este precepto¹⁷, como prueba, por ejemplo el Informe presentado en la Asamblea de la PMcM de 26 de abril de 2012 "Situación de plazos de pago en España y perspectivas de futuro"¹⁸ que pone de manifiesto el aumento del plazo medio de pago a los proveedores durante el año 2011. Siendo el plazo legal de 50 días, el plazo medio de pago fue de 162 días. Esto es, se incrementó en 5 días respecto del año 2010 en que era de 157 días.

El día 16 de noviembre de 2011 se publicó en el BOE el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprobó el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público¹⁹ (en adelante TRLCSP) cuya Disposición Derogatoria Única derogaba expresamente la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de contratos del

¹⁶ Por ello establece unos períodos durante los cuales estos plazos se van reduciendo desde los 60 días de la regulación anterior hasta alcanzar los 30 en 2013. Así desde la entrada en vigor de la ley, que tuvo lugar el día 7 de julio de 2010, hasta el día 31 de diciembre de 2010 el plazo era de 55 días. Del 1 de enero al 31 de diciembre de 2011 el plazo era de 50 días y del 1 de enero al 31 de diciembre de 2012 de 40 días

¹⁷ No obstante su lógica existencia ya que establece unos periodos de tiempo para ir reduciendo progresivamente los plazos

¹⁸ Puede consultarse en <http://www.pmcM.es/component/k2/item/404-informe-situación-plazos-de-pago-en-españa-y-perspectivas-de-futuro.html>

¹⁹ Como declara en su parte dispositiva, esta norma resulta del trabajo que el gobierno llevó a cabo tras la autorización que la DF 32ª de la Ley 2/2011, de 4 de marzo de Economía sostenible le había concedido para elaborar, en el plazo de un año, un texto refundido en el que se integrasen la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de contratos del sector público y las disposiciones en materia de contratación del sector público contenidas en normas con rango de ley.

sector público e integraba en un único texto las modificaciones introducidas a la Ley 30/2007, de 30 de octubre por diversas leyes. Entre estas leyes se encuentra la Ley 15/2010 de 5 de julio, de modificación de la Ley 3/2004, de 29 de diciembre por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales. Por lo tanto, desde el día 16 de diciembre de 2011, fecha de la entrada en vigor del TRLCSP²⁰, en lugar del artículo 200.4 LCSP habremos de referirnos al 216.4 TRLCSP y la referencia al 200 bis LCSP se sustituirá por la cita del 217 TRLCSP. La DT 8ª de la LCSP pasa a ser la DT 6ª TRLCSP suprimiéndose lógicamente la referencia a los plazos transitorios de pago del año 2010 y previendo los aplicables desde el momento de la entrada en vigor del TR. No obstante, el contenido de todas estas disposiciones no se ha alterado por lo que las medidas de lucha contra la morosidad previstas en la LCSP se mantienen en el TRLCSP.

3. Las medidas adoptadas por la Ley 15/2010 para combatir la morosidad en el sector público

Una vez descritas las modificaciones que como consecuencia de la publicación de la normativa sobre morosidad se han producido en la legislación administrativa reguladora de los contratos, vamos ahora a analizar las principales medidas que en esa normativa se han adoptado para combatir la morosidad en el sector público; medidas que no siempre traen causa de la adaptación de nuestro Derecho a las Directivas comunitarias. Estas medidas pueden sistematizarse como sigue: el establecimiento de plazos máximos de pago, el establecimiento de un nuevo procedimiento para hacer efectivas las deudas, la fijación de una línea de crédito ICO-morosidad para los

²⁰ Disposición Final única: “El presente Real Decreto y el Texto Refundido que aprueba entrarán en vigor al mes de su publicación en el Boletín Oficial del Estado”.

entes locales, la imposición de los deberes de información de las Administraciones y por último la creación de un Registro de facturas de la Administración local.

3.1 Los plazos de pago de las Administraciones públicas

Como hemos señalado en el epígrafe anterior al tratar de la modificación de la Ley de contratos del sector público, uno de los cambios introducidos por la Ley 15/2010 ha sido el de imponer a la Administración pública la obligación del pago con un límite máximo de 30 días²¹, en consonancia con los plazos del artículo 3 de la Directiva sobre morosidad. No obstante, como este plazo de treinta días no es de aplicación hasta el 1 de enero de 2013; ya hemos visto como la ley fija unos períodos transitorios de pago en los que se va reduciendo el plazo desde los 60 días que era el plazo impuesto por la LCSP antes de la modificación hasta los 30 días que ahora impone la ley.

Por lo que respecta al cómputo del plazo de esos treinta días, al no indicar otra cosa el artículo 216.4 TRLCSP, se debe realizar en días naturales, ya que así lo establece la Disposición Adicional duodécima del TRLCSP²² que constituye una excepción al régimen general del

²¹ En el ámbito municipal ya se había introducido este plazo de treinta días por el Real Decreto-Ley 9/2008, de 28 de noviembre, por el que se crean el Fondo Estatal de Inversión Local y el Fondo especial del Estado para la dinamización de la economía y el empleo (BOE de 2 de diciembre de 2008) cuyo artículo 9.5 imponía a los ayuntamientos la obligación de abonar a los contratistas el precio de las obras dentro de los treinta días naturales siguientes a la fecha de expedición de las certificaciones de obra o de los correspondientes documentos que acrediten la realización total o parcial del contrato. Se trataba de una norma con una clara vocación de ayuda a las empresas contratistas que celebran negocios con las Administraciones locales, como indican PUNZÓN MORALED A, J. y SÁNCHEZ RODRÍGUEZ, F, "Comentario a las modificaciones introducidas por la Ley 15/2010, de 5 de julio, de modificación de la Ley de morosidad y su afectación a la LCSP", *Contratación Administrativa Práctica*, nº 106, marzo de 2011, La Ley, p. 6

²² Disposición Adicional 12^a: "Los plazos establecidos por días en esta ley se entenderán referidos a días naturales, salvo que en la misma se indique expresamente que sólo deben computarse los días hábiles. No obstante, si el último día del plazo fuera inhábil, éste se entenderá prorrogado al primer día hábil siguiente"

cómputo de plazos en Derecho administrativo²³. No obstante, si el último día del plazo es inhábil, se entiende prorrogado al primer día hábil siguiente.

Si bien la normativa española, como acabamos de indicar, se halla en consonancia con la Directiva en cuanto al plazo de pago en 30 días, no lo está en relación con el *dies a quo* para su cómputo, lo cual plantea dificultades interpretativas. Mientras que el artículo 216.4 TRLCSP indica que el plazo se cuenta “desde la fecha de expedición de las certificaciones de obras o de los correspondientes documentos que acrediten la realización total o parcial del contrato”, en la Directiva, a falta de pacto en el contrato, será “desde la fecha en que el deudor haya recibido la factura o una solicitud de pago equivalente” (como ya se ha indicado al estudiar la Directiva, ésta es la regla general contenida en el artículo 3 b). No obstante, cuando la factura o solicitud de pago se recibe antes que los bienes o servicios o se “presta a duda”, en la Directiva el plazo se computa desde la recepción de bienes o la prestación de los servicios.

Por lo tanto, mientras que la legislación comunitaria, para realizar el cómputo se basa en la entrega de los bienes o en la realización de la prestación, la normativa española sobre contratación pública en este punto parece que se apoya en la emisión de un documento administrativo (la certificación de obra o el correspondiente documento). No obstante, en su parte final, el artículo 216.4 añade que “cuando no proceda la expedición de la certificación de obra y la fecha de recibo de la factura o solicitud de pago equivalente se presta a duda o sea anterior a la recepción de las mercancías o a la prestación de los servicios, el plazo de treinta días se contará desde dicha fecha de recepción o prestación”. Este criterio hay que ponerlo en relación con el seguido en el artículo 4 LMOC, de cuyo estudio nos hemos ocupado en el capítulo V al tratar sobre los plazos de pago,

²³ El régimen general del cómputo de los plazos en Derecho administrativo, conforme al artículo 48.1 Ley 30/92 incluye sólo los días hábiles, excluyendo domingos y festivos

que se refiere al cómputo del plazo en las operaciones comerciales entre empresarios en general (que tiene en cuenta el momento de la recepción de las mercancías o de la prestación de los servicios). Todo ello, unido al criterio que mantiene la Directiva, nos lleva a interpretar²⁴ el artículo 216 en el sentido de considerar que el *dies a quo* viene indicado por el momento de la entrega efectiva de los bienes o la realización del servicio, que podrá acreditarse por cualquier medio de prueba (certificación de obra o cualquier otro documento, entre ellos la factura, que acredite la realización del contrato).

Nos encontramos por tanto nuevamente con otro supuesto de discordancia entre la Ley 15/2010 y la Directiva 7/2011, que debería ser reformado para adaptar la normativa española a la comunitaria²⁵. Antes de que expire el plazo de transposición (16 de marzo de 2013) el legislador español debería adaptar los criterios previstos para la determinación del *dies a quo* en el artículo 4 a los previstos en la Directiva para resolver estas dificultades que surgen en la interpretación de la LMOC.

Evidentemente, la finalidad de esta medida del límite de 30 días es la de reducir los excesivos plazos de pago de los que adolece la Administración, sobre todo la local, como ya hemos tenido la oportunidad de constatar en otros capítulos de este trabajo. No obstante, y como el transcurso del tiempo se ha encargado, desgraciadamente, de demostrarnos, esta reducción del plazo no ha constituido, en la práctica, una solución. Las Administraciones

²⁴ Con DORREGO DE CARLOS, A y JIMÉNEZ DÍAZ, A., "La nueva regulación de la morosidad de la Administración pública: criterios prácticos de aplicación del régimen transitorio de la Ley 15/2010", *Diario La Ley*, nº 7472 21 de septiembre de 2010, año XXXI, p. 6

²⁵ Indica BERNAL BLAY, M.A., "Reflexiones sobre el régimen de ejecución de los contratos públicos", *Observatorio de contratos públicos 2010*, (Gimeno Feliú, dir), Thomson Reuters, Navarra, 2011, p. 155, que la normativa española de contratos públicos debe acomodarse al artículo 3.3. b de la Directiva 7/2011 antes de que resulte de aplicación el día 16 de marzo de 2013

públicas españolas han seguido manteniendo plazos de pago inaceptables a largo de estos años de vigencia de la ley de morosidad (esto es, no solo no se han ido reduciendo los plazos de pago conforme a lo que prescribía la Ley 15/2010 sino que desde entonces se han incrementado, según han puesto de manifiesto diversos estudios²⁶). El fracaso de esta medida ha sido una de las causas que ha llevado al Gobierno a la aprobación del Real Decreto 4/2012 del que nos ocuparemos en el epígrafe 4 de este capítulo.

El plazo máximo de 60 días que la originaria LMOC (Ley 3/2004) estableció para los pagos por parte del sector público, fue incumplido de manera constante. La reducción del mismo a 30 días por la Ley 15/2010 nos parece acertada, pero no constituye por si la solución al problema, es necesario que vaya acompañado de herramientas administrativas y judiciales más eficaces, entre ellos instrumentos de carácter sancionador, como reiteradamente demanda la PMcM²⁷.

3.2 El establecimiento de un nuevo procedimiento para hacer efectivas las deudas

De entre las medidas previstas por la Ley 15/2010 de 5 de julio para luchar contra la morosidad en el ámbito de las Administraciones públicas, la novedad tal vez más destacada, sea la del establecimiento de un nuevo procedimiento para hacer efectivas las deudas de las Administraciones públicas instaurado por el artículo

²⁶ Por ejemplo el Informe "Situación de plazos de pago en España y perspectivas de futuro" elaborado por la PMcM

²⁷ La plataforma multisectorial contra la morosidad (PMcM) es una asociación que agrupa a alrededor de 30 de instituciones sectoriales de toda España, que representan a cerca de un millón de empresas y cuya misión fundamental consiste en colaborar con el Ministerio de Industria, Turismo y Comercio, a través del Observatorio oficial de la morosidad, informando sobre la evolución de los plazos de pago y velando por el cumplimiento íntegro de la normativa. Como puede comprobarse en su página web <http://www.pmcM.es/prensa/notas-de-prensa>, la PMcM reclama, reiteradamente, la necesidad urgente de crear un régimen sancionador y de implantar medidas no coercitivas, como la figura del mediador, que tanto éxito cosecha en Francia.

200 bis LCSP (actual artículo 217 TRLCSP). Este precepto prevé el reconocimiento implícito del vencimiento de pago si, una vez reclamado el mismo por el contratista, la Administración no responde en el plazo de un mes. En este caso el acreedor está facultado para interponer recurso contencioso-administrativo por inactividad y solicitar como medida cautelar el pago inmediato de la deuda. La sentencia condenará en costas a la Administración demandada en el caso de estimación total de la pretensión de cobro.

Este procedimiento previsto en el artículo 217 TRLCSP trae causa de las Directivas 2000/35 (considerando 20 y artículo 5) y 7/2011 (artículo 10.1) e incorpora varias novedades destacables en Derecho español, de las que nos ocupamos a continuación.

La primera novedad consiste en que se reduce a un mes el plazo que, con carácter general el artículo 29.1 de la LRJCA²⁸ fija en tres meses para que los interesados puedan deducir recurso contencioso-administrativo contra la inactividad de la Administración. Por lo tanto, a partir de la reforma operada por la Ley 15/2010, cuando haya transcurrido un mes desde que el contratante haya reclamado por escrito a la Administración el pago y en su caso los intereses de demora, se supone reconocido el vencimiento del plazo de pago y por tanto se abre la posibilidad de interponer recurso administrativo. Aunque no se trata de un silencio positivo ya que el transcurso del tiempo no reconoce la existencia y la cuantía de la deuda, sino que sólo determina el nacimiento de la facultad del acreedor para formular el recurso contencioso-administrativo²⁹.

²⁸ Este artículo dispone que cuando la Administración estuviese obligada a realizar una prestación concreta en favor de una o varias personas determinadas, quienes tuvieran derecho a ella podrán reclamar el cumplimiento de dicha obligación. Si en tres meses desde la reclamación, la Administración no hubiera cumplido su obligación o no hubiera llegado a un acuerdo con los interesados, éstos pueden deducir recurso contencioso-administrativo contra la inactividad de la Administración

²⁹ Se refieren a ello GARCÍA-TREVIJANO GARNICA, J.A. y RECUERDA GIRELA, M.A, "Problemas de aplicación..." cit. p. 355 y PUNZÓN MORALEDA, J. y SÁNCHEZ RODRÍGUEZ, F, "Comentario..." cit. p. 7. Como señala DEL GUAYO CASTIELLA, I., *Contratos del sector público y concurso de acreedores*, Revista de Derecho concursal y paraconcursal, monografía

La segunda novedad contenida en este precepto supone el reconocimiento de una medida cautelar, consistente en el pago inmediato de la deuda, que se adoptará por el órgano judicial a menos que la Administración acredite que no concurren las circunstancias que justifican el pago o que la cuantía reclamada no corresponde a la que es exigible. A diferencia de lo dispuesto con carácter general para las medidas cautelares en el artículo 136.1 LRJCA (conforme al cual, en los supuestos de los artículos 29³⁰ y 30³¹ la medida cautelar se adoptará salvo que se aprecie con evidencia que no se dan las situaciones previstas en dichos artículos o la medida ocasione una perturbación grave de los intereses generales o de tercero, que el Juez ponderará en forma circunstanciada) el artículo 217 TRLCSP establece una norma especial que exige una actividad probatoria de la propia Administración. El carácter especial de esta norma impide, en opinión de la doctrina que se ha ocupado de esta cuestión³², que el órgano judicial pueda denegar la medida a causa de una perturbación grave de los intereses generales o de terceros, como establece el artículo 136.1 LRJCA para otros supuestos de inactividad administrativa. Parece ser que a través de la Ley 15/2010 se ha introducido en el Derecho administrativo español una especie de proceso monitorio *sui generis* frente a las Administraciones públicas.

nº 14, 2011, p. 235 el fundamento de la medida es la comprobación de que se ha llevado a cabo la prestación del contrato y la necesidad de evitar que, al ser impelido por la Administración a reclamar judicialmente su deuda, el cobro se demore durante años. En definitiva, se quiere evitar que la jurisdicción contencioso-administrativa siga siendo un medio de demorar el cumplimiento de la obligación de pago al contratista. Sobre esta cuestión v. también BERNAL BLAY, M.A., "Reflexiones sobre el régimen... cit., p. 168

³⁰ Según este precepto cuando la Administración no ejecute sus actos firmes los afectados podrán solicitar su ejecución, y si ésta no se produce en el plazo de un mes desde tal petición, podrán formular recurso contencioso-administrativo, que se tramitará por el procedimiento abreviado regulado en el artículo 78.

³¹ En caso de vía de hecho, el interesado podrá formular requerimiento a la Administración actuante, intimando su cesación. Si dicha intimación no hubiere sido formulada o no fuere atendida dentro de los diez días siguientes a la presentación del requerimiento, podrá deducir directamente recurso contencioso-administrativo.

³² Destacamos los trabajos de DEL GUAYO CASTIELLA, I., *Contratos del sector público y.. cit.* p. 236, BERNAL BLAY, M.A., "Reflexiones sobre el régimen... cit., p. 168, DORREGO DE CARLOS, A y JIMÉNEZ DÍAZ, A., "La nueva regulación de la morosidad... " cit. p. 9.

Existen ya varias sentencias en las que se ha aplicado este precepto, reconociendo la imposición de las medidas cautelares. Así por ejemplo el Auto num. 160/2011, de 17 de mayo, del Juzgado de lo contencioso-administrativo nº 7 de Sevilla (JUR 2012/69716) por el que se condena al Servicio Andaluz de Salud a pagar, como medida cautelar ex.art. 200.4 LCSP, el importe de las facturas más los intereses debidos a una farmacéutica. También el Auto num. 75/2011, de 31 de octubre del 2011 del Juzgado de lo contencioso-administrativo de Santander (JUR 2012/57600) que condena al Servicio Cántabro de Salud a abonar, como medida cautelar, las facturas adeudadas a Roche Farma SA. O la la S del TSJ de Andalucía num. 149/2011 de 20 de junio de 2011 (JUR 2011/332335) al confirmar la condena que el Juzgado de Almería había decretado para el Ayuntamiento de Adra, en la que como medida cautelar debía pagar el importe de las obras de mejora e instalación de césped artificial del campo de fútbol municipal (que incluía intereses de demora y gastos de cobro). Merece una especial atención el Auto num. 45/2012, de 12 de marzo (JUR 2012/133592) del Juzgado nº 4 de lo contencioso-administrativo de Valladolid, en primer lugar porque se trata de un pronunciamiento que se produce ya redactado el TRLCSP. Pero sobre todo porque se llevan a cabo en el mismo reflexiones muy interesantes acerca de la aplicación de este precepto³³. En este caso, la Gerencia de Salud de la Junta de Castilla y León había sido demandada por Pfizer SLU por deudas derivadas del suministro de medicamentos cuyo importe ascendía a 17.150.318,50 euros y además los intereses de demora (1.497.417,24 euros). En la demanda Pfizer solicitaba la adopción de medidas cautelares consistentes en el pago de la deuda. El Juzgado

³³ Sobre todo en su FJ 1º en el que se tratan cuestiones sobre la retroactividad a las que más tarde aludiremos, así como en su FJ 2º en el que se insiste en el cumplimiento de las condiciones del artículo 217 TRLCSP para que tenga lugar la aplicación de las medidas cautelares: reclamación por escrito de la deuda por parte del acreedor, transcurso del mes sin respuesta por parte de la Administración e interposición en plazo del correspondiente recurso contencioso-administrativo. Por último en el FJ 3º se pone de manifiesto el carácter de ley especial del artículo 217 TRLCSP respecto de la LRJCA

acordó la adopción de la medida cautelar y ordenó a la Administración proceder inmediatamente al pago del importe principal de los 17.150.328, 50 euros.

La tercera y última de las medidas que derivan del artículo 217 TRLCSP es la que obliga al Juez a condenar en costas a la Administración demandada en caso de estimación total de la pretensión de cobro. Este precepto sigue el criterio de que todas las costas las soporte una de las partes (el litigante cuyas pretensiones hayan sido totalmente rechazadas). Por lo tanto si el juez estima todas las pretensiones del contratista, impondrá las costas a la Administración mientras que si el recurso del contratista es desestimado en todo o en parte, se aplica el artículo 139 LRJCA. Con esta medida se trata de evitar que la Administración se refugie en la excesiva duración de los procedimientos judiciales para aplazar, en contra de lo legalmente previsto, el pago debido³⁴. En las sentencias dictadas hasta el momento, en la mayor parte de los casos no ha habido condena en costas. Así, consideran que no hay razones para la imposición de costas el Auto num. 45/2012, de 12 de marzo (JUR/2012/133592) del Juzgado nº 4 de lo contencioso-administrativo de Valladolid y el Auto num. 75/2011, de 31 de octubre del 2011 del Juzgado de lo contencioso-administrativo de Santander (JUR 2012/57600), y no condena en costas el Auto num. 160/2011, de 17 de mayo, del Juzgado de lo contencioso-administrativo nº 7 de Sevilla (JUR 2012/69716) ni el TSJ de Murcia en S num. 323/2012 de 26 de marzo (JUR 2012/137245) En los casos en los que la ha habido se han impuesto a la parte apelante (el deudor Administración) y el fundamento se ha fijado en el artículo 139.2º LRJCA (así en la S TSJ num. 149/2011 de 20 de junio de 2011 (JUR 2011/332335) o en la S del TSJ de Madrid num. 198/2012, de 31 de mayo (JUR 2012/224668))

³⁴ Como indica DEL SAZ CORDERO, S., "La incidencia de las medidas" cit. p. 10

Con respecto a este procedimiento queremos referirnos también a la interesante cuestión relativa a su entrada en vigor. Conforme a la DT 1ª de la Ley 15/2010 ésta se aplicará a los contratos celebrados con posterioridad a su entrada en vigor. Ello llevaría a entender, en principio, que sólo se podría utilizar el procedimiento del artículo 217 TRLCSP respecto de las deudas derivadas de contratos posteriores al 6 de julio de 2010. No obstante, la mayoría de la doctrina que se ha ocupado de esta cuestión³⁵ considera que al tratarse de una medida de naturaleza procesal y no sustantiva debe entenderse que el procedimiento también podría seguirse en las reclamaciones hechas después del 6 de julio de 2010 pero derivadas de contratos anteriores a esa fecha. Y ello con fundamento en las DT 1ª³⁶ y 4ª³⁷ del Código Civil y en la DT 7ª³⁸ de la LEC así como en razones de justicia material³⁹. En apoyo de esta teoría se puede citar el Auto ya citado

³⁵ GIMENO FELIÚ, J.M. *Las reformas legales...* cit., p. 36, DEL GUAYO CASTIELLA, I., *Contratos del sector público y...* cit. p. 236, BERNAL BLAY, M.A., "Reflexiones sobre..." cit. pp. 169 y 170 y DORREGO DE CARLOS, A y JIMÉNEZ DÍAZ, A., "La nueva regulación de la morosidad..." cit. pp. 8 a 11, GARCÍA-TREVIJANO GARNICA, J.,A. y RECUERDA GIRELA, M.A, "Problemas de aplicación..." cit. p. 356. En desacuerdo, sin embargo, DEL SAZ CORDERO, S., "La incidencia..." cit. p. 11 quien considera que este precepto se aplicará a partir de la entrada en vigor de la Ley 15/2010 pues, ni esta norma contiene una disposición transitoria específica a estos efectos, ni tampoco incluye una disposición transitoria en la LCSP como ha hecho para el plazo de pago de los contratos administrativos.

³⁶ Según la cual los derechos que tuvieran su origen en hechos realizados antes de la publicación del Código Civil, se regirán por la legislación anterior. Sin embargo, si ese derecho se reconociese por el Código Civil por vez primera, se le aplicará esta norma, aunque el hecho que lo hubiera originado se verificara bajo la legislación anterior, siempre que no perjudique a otro derecho adquirido, de igual origen

³⁷ Que sujeta el ejercicio, duración y procedimientos de las acciones y los derechos nacidos y no ejercitados antes de regir el Código Civil a lo dispuesto en él. Aunque si el ejercicio del derecho o de la acción estuviera pendiente de procedimientos oficiales empezados bajo la legislación anterior, y éstos fuesen diferentes de los establecidos por el Código, permite a los interesados optar por unos o por otros

³⁸ Si el proceso se hubiera iniciado antes de la entrada en vigor de la LEC pero las medidas cautelares se solicitan tras la entrada en vigor de esta Ley, se regirán por lo dispuesto en la misma. Mientras que las medidas cautelares ya adoptadas antes de entrar en vigor la LEC se regirán por las disposiciones de la legislación anterior, pero se podrá pedir y obtener su revisión y modificación con arreglo a la LEC

³⁹ Como indican DORREGO DE CARLOS, A y JIMÉNEZ DÍAZ, A., "La nueva regulación de la morosidad..." cit. p. 11, esta solución parece más razonable desde el punto de vista material ya que si no aceptamos que las deudas nacidas de contratos previos a la entrada en vigor de la Ley 15/2010 pueden hacerse efectivas a través del nuevo procedimiento que ésta crea, el cobro de las deudas más antiguas resultará mucho más difícil que el de las más recientes

num. 45/2012, de 12 de marzo, del Juzgado de lo contencioso-administrativo de Valladolid, que en su FJ 1º considera que no es aplicable al caso la DT 1ª de la Ley 15/2010 sino la DT 1ª y la DF 3ª del Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre por el que se aprobó el TRLCSP, de las cuales deduce que la normativa aplicable al procedimiento del artículo 217 TRLCSP será la vigente en el momento de iniciarse el mismo, que es el criterio general que se viene aplicando, tanto en el ámbito administrativo como en el ámbito judicial. En contra de este criterio, sin embargo, se pronuncia la S num.136/2012 de 26 de junio del TSJ de Extremadura (JUR 2012/234665) que en su FJ 3º, tras denegar la aplicación de las medidas cautelares por tratarse de un contrato celebrado antes de la entrada en vigor de la Ley 15/2010, declara que no es cierto que el artículo 200 bis LCSP tenga un carácter procesal y por lo tanto le sea aplicable la retroactividad tácita propia de este tipo de normas procedimentales⁴⁰. En esta misma línea se pronuncian el TSJ de Madrid en S num. 198/2012, de 31 de mayo (JUR 2012/224668), y el TSJ Murcia en S num. 323/2012, de 26 de marzo (JUR 2012/137245). En nuestra opinión debe prevalecer el criterio mantenido por la mayoría de la doctrina ya que al tratarse de una medida de carácter procesal, conforme indica el citado Auto del Juzgado de lo contencioso-administrativo de Valladolid, la normativa aplicable al procedimiento será la vigente en el momento de iniciarse el mismo (art. 217 TRLCSP). En caso contrario, se harían de peor condición los créditos más antiguos.

Una última cuestión (en la que no vamos a profundizar porque excede del objeto de esta tesis pero de indudable interés) en relación

⁴⁰ Según esta sentencia tal y como se recoge en la disposición transitoria primera de la Ley 15/2010 de 15 de julio, de modificación de la Ley sobre Medidas de Lucha contra la Morosidad en las operaciones comerciales, la referida norma, que establece el art. 200 bis, base de la medida cautelar solicitada, "Será de aplicación a todos los contratos celebrados con posterioridad a su entrada en vigor", lo que claramente es una apelación a aspectos sustantivos de aplicación

con el procedimiento establecido en el artículo 217 TRLCSP es la relativa a la condición de Administración pública del deudor. La Directiva 7/2011 considera sujetos de la misma a los poderes públicos en el sentido de poderes adjudicadores, concepto más amplio que el de Administración pública. En opinión de un sector de la doctrina⁴¹ este procedimiento debe ser aplicado a todo poder adjudicador, tenga o no la condición de Administración Pública porque la reforma de la LCSP modificó la Ley 3/2004 que, al definir el concepto de Administración incluye a todos los poderes adjudicadores en aplicación del artículo 3.3 LCPS. Sin embargo, otros autores⁴² opinan que debería establecerse un instrumento de transposición de la normativa comunitaria para resolver la cuestión de los retrasos en los pagos cuando el deudor sea un poder adjudicador ya que en estos casos el procedimiento del artículo 217 TRLCSP no sería aplicable al ser la jurisdicción civil la competente para resolver las controversias entre las partes conforme a los artículos 20⁴³ y 21.2⁴⁴ TRLCSP.

Para concluir con este epígrafe, queremos indicar que el procedimiento contenido en el artículo 217 TRLCSP es una novedad muy destacable por el reconocimiento que supone para los empresarios del acceso a un procedimiento abreviado para la reclamación de sus deudas⁴⁵ y que ha llevado consigo un cambio significativo respecto a la situación precedente. Sin embargo, surgen dudas en cuanto a la eficacia práctica de esta medida. Principalmente porque va a suponer la remisión al procedimiento contencioso-

⁴¹ GIMENO FELIÚ, J.M. *Las reformas legales...* cit., p. 36

⁴² BERNAL BLAY, M.A., "Reflexiones sobre el régimen..." cit., p. 169

⁴³ Que considera contratos privados los celebrados por los entes, organismos y entidades del sector público que no reúnan la condición de Administraciones Públicas y declara que sus efectos y extinción se rigen por el derecho privado.

⁴⁴ Según este artículo el orden jurisdiccional civil será el competente para resolver las controversias que surjan entre las partes en relación con los efectos, cumplimiento y extinción de los contratos privados

⁴⁵ Así lo indica COLON DE CARVAJAL FIBLA, B., "Hacia un nuevo "descrédito" de las Administraciones públicas: un análisis sobre la reforma del régimen jurídico de las medidas de lucha contra la morosidad", *Actualidad Administrativa*, nº 14, t. 2, *La Ley*, 6585/2010, p. 1670

administrativo de la resolución del problema de la morosidad. También porque, pese a que puede ser un mecanismo eficaz para el cobro de las deudas, el problema en muchos casos no será tanto obtener un pronunciamiento favorable como el ejecutarlo frente a la Administración⁴⁶. Por lo tanto aun reconociendo que la ley ha dado un importante paso, consideramos que lo deseable hubiera sido la adopción de otro tipo de medidas⁴⁷. Y, sobre todo, la imposición de sanciones a los incumplidores⁴⁸ que resultan mucho más efectivas en la práctica. Un ejemplo lo encontramos en el auto del TSJ de Andalucía de 13 de julio de 2010 (JUR 2010/284851) en el que se realizaba un requerimiento de pago al alcalde de una localidad sevillana para que en el plazo de un mes satisficiera una deuda a cuyo pago había sido condenado por sentencia firme⁴⁹.

3.3 La línea de crédito ICO-morosidad entes locales

La Disposición Adicional 4ª de la Ley 15/2010 ordenaba al Gobierno que, en el plazo de un mes, y a través del Instituto de Crédito Oficial, instrumentara una línea de crédito directa dirigida a las entidades locales que facilitara a éstas el pago de las deudas

⁴⁶ Como puso de relieve Fernando Díaz Barco, jefe del departamento contencioso civil y penal de FCC en el III Encuentro sobre gestión de cobros con las Administraciones públicas, celebrado el 24 de mayo de 2012 la eficacia de esta medida es menor de lo que cabría esperar ya que la Administración disfruta de privilegios como la casi práctica inembargabilidad de sus bienes, lo que dificulta el cobro de deudas por vía de ejecución. La información sobre este encuentro puede consultarse en http://www.fenin.es/files/269_agenda_C_Gestion_cobros_admin_publicas_www.pdf

⁴⁷ Así BERNAL BLAY, propone como una solución alternativa al procedimiento reconocido por la LMOC, la creación dentro del Tribunal Administrativo Central (o los autonómicos) de una Sección que conozca de las reclamaciones de pago de los contratistas que derivan de la ejecución de contratos públicos, que según indica presenta indudables ventajas frente a la vía judicial (BERNAL BLAY, M.A., "Responsabilidades por mora en el pago de operaciones contractuales", *Actualidad Jurídica Aranzadi*, año XX, nº 814, 10 febrero de 2011, pp. 10 y 11)

⁴⁸ véase BERNAL BLAY, M.A., "Reflexiones sobre..." cit. pp.170 a 172

⁴⁹ Añade este Auto en su FJ 6º que "el incumplimiento de las respectivas obligaciones estipuladas en los dos Fundamentos precedentes dará, lugar a la imposición de multas coercitivas. Estas multas recaerán, respectivamente, en el patrimonio personal del Sr. Alcalde y del Sr. Secretario General. Las multas coercitivas se impondrán con. periodicidad semanal hasta la completa ejecución"

impagadas a empresas y autónomos que fueran anteriores al 30 de abril de 2010.

Esta línea de crédito se cancelaría y satisfaría, caso por caso, siempre que no hubiera sido amortizada con carácter previo, en un plazo concertado con posterioridad a la entrada en vigor de la reforma del sistema de financiación de los entes locales y sería instrumentada con independencia a los recursos provenientes de la PIE (participación en los ingresos del Estado) y vinculada a las obligaciones reconocidas a los proveedores del sector privado.

Se trataba de una medida que pretendía facilitar liquidez a las empresas y a los autónomos que tuvieran créditos pendientes con las entidades locales. A pesar de las reivindicaciones de diversos ayuntamientos⁵⁰ españoles que exigieron al Gobierno el cumplimiento de la LMOC en este punto, esta previsión no fue puesta en marcha. El incumplimiento de esta obligación por parte del Gobierno no resulta sorprendente. Y ello porque la inclusión de esta medida en el texto definitivo de la LMOC se produjo a raíz de las mociones presentadas en el Senado durante la tramitación de la norma por CIU y PP (a través de las enmiendas transaccionales nº 16 y nº 27) y con la oposición del PSOE. Al ser exigida la adopción de esta medida el presidente del Gobierno, en el Congreso alegó su falta de aplicación porque ello incrementaría el déficit público. Aunque sí se aprobaron otras formas de financiación por medio del ICO, es el caso del Programa de financiación directa a PYMES y autónomos⁵¹, previsto en el artículo 12 del Real Decreto-ley 6/2010, de 9 de abril, de medidas para el impulso de la recuperación económica y el empleo⁵².

⁵⁰ Puede verse la de uno de ellos en: <http://www.burbuja.info/inmobiliaria/burbuja-inmobiliaria/185874-alcalde-pide-una-linea-de-credito-ico-para-solventar-los-problemas-de-morosidad-ayto.html>

⁵¹ El 20 de diciembre de 2010 se firmaron los convenios de colaboración para la puesta en marcha de las líneas ICO 2011 de financiación destinadas a autónomos y empresas, <http://www.ico.es/web/contenidos/6/0/8948/index?abre=8949>

⁵² Publicado en el BOE el 13 de abril de 2010 y cuyo artículo 12. *Programa del Instituto de Crédito Oficial de financiación directa a PYMES y autónomos* declara: "El Instituto de Crédito Oficial (ICO) pondrá en funcionamiento antes del 15 de junio de 2010 un programa temporal de financiación directa a las PYMES y autónomos, mediante la contratación de una red

La DF 16^a de la Ley 39/2010, de 22 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2011 modificó la DA 4^a LMOC y le dio una nueva redacción⁵³ de la que se desprendía la intención de no llevar a efecto la implantación de la línea de crédito ICO prevista en la originaria redacción de la Ley 15/2010 ya que la nueva redacción de la norma está planteada en términos mucho más generales. Desde ese momento, las actuaciones que el Gobierno ha llevado a cabo a través del ICO se han centrado en el establecimiento de líneas de financiación de los entes locales y de las Comunidades autónomas, de las que haremos un breve resumen a continuación.

El 31 de agosto de 2011 se puso en marcha la Línea ICO-Entidades Locales en aplicación del Real Decreto Ley de impulso a la sostenibilidad de las cuentas públicas y la protección social⁵⁴ aprobado por el Consejo de Ministros. La línea se abrió desde ese momento hasta el 30 de noviembre de 2011. El importe susceptible de financiación, junto con los intereses estimados de la operación de crédito, no podía exceder, en ningún caso, el 25% del importe anual de las entregas a cuenta de la participación de cada entidad local en los tributos del Estado del año 2011. Las entidades locales debían liquidar el préstamo en un plazo máximo de tres años y, si no lo hicieran, el Ministerio de Economía y Hacienda efectuaría las retenciones que

financiera de ámbito nacional para la prestación de los servicios necesarios. A tal efecto, el Consejo de Ministros o la comisión Delegada del Gobierno para Asuntos Económicos dirigirán instrucciones al ICO en las que se contengan las condiciones generales que hayan de regir el citado programa y, en todo caso, se determinen los umbrales de la financiación directa que pueda otorgar en su cumplimiento, así como el período de vigencia del programa”.

⁵³ La nueva redacción de la DA 4^a LMOC quedaría así: “El ICO, en su función de Agencia Financiera del Estado, continuará atendiendo las necesidades de financiación de las Comunidades Autónomas y Corporaciones Locales conforme a los criterios de riesgo económico, financiero y presupuestario propios de su actividad como entidad de crédito, estableciendo las garantías necesarias para la cobertura de las operaciones que pudieran ser financiadas por ICO; todo ello con absoluto respeto al principio de equilibrio financiero establecido en la Disposición Adicional Sexta del RD-L 12/1995, de 28 de diciembre. Asimismo, las relaciones financieras entabladas entre el ICO y las citadas Administraciones Públicas deberán ser coherentes con el proceso de consolidación fiscal para garantizar la sostenibilidad de las finanzas públicas a medio plazo, conforme a los objetivos de los Presupuestos Generales del Estado para el año 2011”.

⁵⁴ Real Decreto-ley 8/2011, de 1 de julio, de medidas de apoyo a los deudores hipotecarios, de control del gasto público y cancelación de deudas con empresas y autónomos contraídas por las entidades locales, de fomento de la actividad empresarial e impulso de la rehabilitación y de simplificación administrativa, publicado en el BOE el 7 de julio de 2011

procedan a favor del ICO con cargo a las órdenes de pago que se emitan para satisfacer la participación de aquéllas en los tributos del Estado. El 16 de diciembre de 2011 el ICO informaba⁵⁵ de que esta línea para entidades locales había permitido que 1.029 ayuntamientos, diputaciones y cabildos de toda España pudieran abonar 222.975 facturas pendientes por importe de 967 millones de euros de suministros, obras y servicios prestados por 38.338 autónomos y pymes. Daba también noticia de que las Comunidades Autónomas que habían solicitado más financiación eran la Comunidad de Madrid con 362 millones, la Comunidad Valenciana con 143 millones, Andalucía con 142 millones y Cataluña y Aragón con 52 millones. De las 1.029 entidades locales que se habían acogido a la línea, 204 correspondían a Andalucía, seguida de la Comunidad Valenciana con 158, Cataluña con 149 y Castilla-La Mancha con 142.

El 3 de febrero de 2012⁵⁶ se informaba de la aprobación por parte de la Comisión delegada del Gobierno para Asuntos Económicos de una línea de financiación directa a las Comunidades Autónomas por parte del Instituto de Crédito Oficial (ICO) en el marco de la nueva normativa sobre estabilidad presupuestaria. Esta línea, dotada con 10.000 millones de euros (ampliables a 15.000 previo acuerdo de la Comisión Delegada) tenía como objetivo prestar apoyo financiero a las Comunidades Autónomas condicionado a que se cumplieran los objetivos de disciplina fiscal y a un tipo de interés de mercado. La línea cubrió dos tramos. El primero permitió dotar de financiación a las Comunidades Autónomas para el pago de obligaciones pendientes asociadas al vencimiento de deuda financiera autonómica contraídas con anterioridad al 1 de enero de 2012 y cuyo vencimiento se produjo antes del 30 de junio de 2012 (tramo refinanciación). El segundo proporcionaba liquidez a las Comunidades Autónomas para la cancelación de sus obligaciones pendientes de pago con sus proveedores, derivadas de la adquisición de suministros, realización de obras o prestación de servicios. Solo se podían financiar obligaciones

⁵⁵ A través de su web: <http://www.ico.es/web/contenidos/10164/index?abre=10165>

⁵⁶ <http://www.ico.es/web/contenidos/6/0/10300/index?abre=10301>

que hubieran sido contabilizadas previamente como déficit de las respectivas Comunidades Autónomas (tramo proveedores).

Como consecuencia de la puesta en marcha de las medidas previstas en el Real Decreto Ley 4/2012, de 24 de febrero por el que se determinan obligaciones de información y procedimientos necesarios para establecer un mecanismo de financiación para el pago a los proveedores de las entidades locales, del cual nos ocuparemos en el epígrafe 4 de este capítulo, el 1 de junio el ICO informaba⁵⁷ del pago por parte del Gobierno de deudas por un importe de 9.263.151, 895 euros, correspondientes a 1.715.121 facturas procedentes de 3.774 entes locales. Los acreedores fueron 36.904 empresarios individuales, 68.768 PYMES y 611 grandes empresas.

El 28 de junio de 2012 el ICO daba noticia⁵⁸ de que el Fondo para la Financiación de los Pagos a Proveedores había abonado 17.718.553.729,10 de euros a 29.108 proveedores de Comunidades Autónomas. Esta financiación permitió pagar 3.794.537 facturas. El 20 de julio se informaba del inicio (desde el 9 de julio) de la segunda fase del pago de facturas de entidades locales del mecanismo de financiación del pago a proveedores, en el que el ICO interviene mediante la asignación de los préstamos.

El 3 de agosto de 2012 se informó de la aportación, durante el primer semestre de 2012, de 6.386,9 millones de euros por parte del ICO al préstamo sindicado concedido al Fondo de Financiación de Pago a Proveedores. El Instituto participó junto con otras 25 entidades de crédito en un préstamo sindicado por un importe inicial de 30.000 millones de euros, destinados a pagar las deudas que las entidades locales y las Comunidades Autónomas tenían con proveedores, por la prestación de obras y servicios. Adicionalmente a la participación en el préstamo sindicado, el ICO fue designado por ese Fondo de financiación como agente de pagos y ha sido el encargado de gestionar y ejecutar la estructura que ha permitido pagar las facturas y suscribir los correspondientes contratos de préstamos con Ayuntamientos y Comunidades. En concreto se han abonado 5,5 millones de facturas, a

⁵⁷ En su web: <http://www.ico.es/web/contenidos/6/0/10253/index.html>

⁵⁸ <http://www.ico.es/web/contenidos/6/0/10253/index.html>

más de 135.000 proveedores, por importe de 27.000 millones de euros. El ICO destaca que esta medida ha beneficiado especialmente a las pequeñas y medianas empresas, puesto que eran las que tenían un mayor volumen de facturas pendientes. En el caso de los Ayuntamientos de cada 100 proveedores a los que se les han abonado sus facturas, 65 eran PYMES, 35 empresarios individuales y 1 gran empresa. Por lo que respecta a los pagos de las Comunidades Autónomas, dos de cada tres facturas pendientes se adeudaban a pequeñas y medianas empresas.

Como puede deducirse de todo lo anteriormente dicho, la intervención del ICO durante el año 2012 se ha centrado fundamentalmente en las actuaciones relativas a la participación en el plan de pago a acreedores que el Gobierno puso en marcha en la primavera de 2012, y del que damos cuenta en detalle en el epígrafe 4 de este capítulo. La valoración que nos merece la medida adoptada es buena, ya que según las cifras de pagos realizados que ha comunicado el ICO, con ella se han ido cancelando deudas que la Administración local y autonómica tenía pendientes con sus proveedores, sin embargo es insuficiente, en el contexto actual de grave crisis financiera.

3.4 Los deberes de información del deudor Administración pública y la lucha contra la morosidad

Otra de las novedades de la Ley 15/2010 fue la introducción, en su artículo 4, del régimen de información que se impone a todas las Administraciones públicas, con objeto de controlar e intentar luchar contra la morosidad de las mismas. Esta información ha de hacerse pública con carácter trimestral. El precepto impone esa obligación de información a los interventores distinguiendo en función del tipo de

Administración de que se trate: Administración General del Estado, de las Comunidades Autónomas o de las corporaciones locales.

En el caso de la Administración General del Estado la Ley impone al Interventor General del Estado la obligación de elaborar un informe trimestral sobre el cumplimiento de los plazos legales, que incluirá necesariamente el número y la cuantía global de las obligaciones pendientes en las que se esté incumpliendo el plazo. En cumplimiento de esta disposición la Intervención General del Estado emitió el *Informe del artículo 4 de la Ley 15/2010, de 5 de julio, de modificación de la Ley 3/2004, de 29 de diciembre, por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales*⁵⁹ en el que se recogía información tanto del período medio de pago del ejercicio 2010 como de las operaciones pendientes de pago a 31 de diciembre de 2010 de la Administración General del Estado. Desde entonces, se han publicado trimestralmente estos informes durante los años 2011 y 2012 por parte de la Intervención General de la Administración del Estado⁶⁰.

En estos informes, dado que según el artículo 3 de la Ley 15/2010 el ámbito objetivo son los pagos efectuados como contraprestación en las operaciones comerciales, se recogen las operaciones con cargo al capítulo 2 del presupuesto de gastos ("gastos corrientes en bienes y servicios"⁶¹) y las operaciones con cargo al capítulo 6 ("inversiones

⁵⁹ Puede consultarse en la web: <http://www.igae.pap.meh.es/sitios/igae/es-ES/CInEjecucionPresupuesto/CumplimientoPlazosPago/Paginas/InformeCumplimientoPagos.aspx>

⁶⁰ Organismo adscrito a la Secretaría de Estado de Hacienda y Presupuestos, la Intervención General de la Administración del Estado (IGAE) es el órgano de control interno de la gestión económico-financiera del sector público estatal y el centro directivo y gestor de la contabilidad pública. Como órgano de control interno es la encargada de verificar, mediante el control previo de legalidad y el control financiero, que la actividad económico-financiera del sector público se adecua a los principios de legalidad, economía, eficiencia y eficacia. Como centro gestor y directivo de la contabilidad pública le compete proporcionar información contable fiable, completa, profesional e independiente sobre la gestión pública y dictar las normas necesarias para su adecuado desarrollo

⁶¹ En este informe se entiende por gastos corrientes en bienes y servicios los derivados de arrendamientos y cánones, reparaciones, mantenimiento y conservación, material, suministros y otros, gastos de publicaciones, conciertos de asistencia sanitaria, compras,

reales"⁶²). El informe aclara que deja fuera las operaciones que no están basadas en una relación contractual de carácter o naturaleza comercial (como las que son consecuencia de una relación estatutaria o de personal o las que son consecuencia de la potestad expropiatoria de la Administración) así como las realizadas entre los distintos ámbitos o subsectores del sector público estatal (porque las relaciones entre estos subsectores están basadas en instrumentos ajenos a las puras obligaciones comerciales). Tampoco se han incluido las operaciones entre el sector público estatal y los órganos centrales de las Comunidades Autónomas así como aquellas operaciones que son pagadas a través de intermediarios tales como los pagos a justificar o los anticipos de caja fija debido a que no están recogidos en el Sistema de Información Contable⁶³.

Los resultados del primer Informe, a 31 de diciembre de 2010 reflejaban que el período medio de pago en las operaciones en gastos corrientes de bienes y servicios se situaba en 52,06 días y el período medio de pago para las inversiones era de 55,25 días. Estos datos han ido mejorando progresivamente hasta la fecha ya que en el informe del primer trimestre de 2012 son de 35 y 31 días respectivamente (quedan así dentro del plazo de 40 días que la DT 8ª fijó para los pagos entre el 1 de enero y el 31 de enero de 2012). Las operaciones pendientes de pago eran 7.803 (en la actualidad son 1472) con un importe de 1026 (ahora de 73,6) millones de euros⁶⁴. De todas estas operaciones pendientes de pago, en 817 se había

suministros y otros gastos relacionados con la actividad y obligaciones de ejercicios anteriores pendientes de imputar

⁶² Se entiende por inversiones reales las que traen causa de contrato de obras, de suministro, contratación centralizada, contrato de consultoría y asistencia técnica, contrato de gestión de servicios públicos, contrato de servicios, inversiones militares contrato de obras de abono total, contrato de suministro de fabricación del Ministerio de Defensa, contrato de concesión de obras públicas, contrato de concesión de obra pública bajo modalidad de abono total y otros

⁶³ Hay que tener en cuenta que para la redacción de estos informes se parte de la información disponible en el Sistema de Información Contable de la Administración General del Estado.

⁶⁴ El informe explicaba que ese elevado número de operaciones pendientes de pago se debía al significativo número de operaciones que se contabilizan a finales de diciembre y cuyo pago se realiza en los primeros días de enero del ejercicio siguiente.

excedido el período legal de pago y su importe ascendía a 78,8 millones de euros (en el informe del primer trimestre de 2012 el exceso se ha producido en 429 operaciones por un importe de 33,9 millones). El período medio en que estas operaciones se habían excedido del período legal de pago era en 2010 de 185,49 días y en el primer trimestre de 2012 ese plazo ha pasado a ser de 35 días. De esas 817 operaciones en las que se había excedido el período legal de pago, 627 operaciones (cuyo importe se elevaba a 76,4 millones de euros) se encontraban pagadas a 31 de marzo de 2011, quedando 190 operaciones (por importe de 2,4 millones de euros) aún pendientes de pago. Estas cifras también han descendido sensiblemente ya que en el último informe del primer trimestre de 2012 de las 429 operaciones en que se había excedido del período legal de pago 313 estaban pagadas a 17 de mayo (su importe se eleva a 32,9 millones de euros) y quedan pendientes 116 (por un importe de 0,9 millones de euros). Los informes aclaran que gran parte de estas operaciones se encuentran en esta situación por motivos como la falta de datos bancarios de los acreedores o la existencia de incidencias tales como embargos o de compensaciones tributarias.

Por lo que respecta a las Comunidades Autónomas, el párrafo 2 del artículo 4 de la Ley 15/2010 les deja libertad para que establezcan su propio sistema de información trimestral pública sobre el cumplimiento de los plazos previstos para el pago.

Sin embargo, para las corporaciones locales, la Ley 15/2010 impone la obligación en términos más estrictos, ya que, en virtud de lo dispuesto en el artículo 4.3 recae sobre los tesoreros o, en su defecto, los interventores, la obligación de elaborar un informe trimestral sobre el cumplimiento de los plazos previstos en la ley, informe que debe incluir, necesariamente, el número y la cuantía

global de las obligaciones contractuales pendientes en las que se esté incumpliendo el plazo. Hasta aquí la obligación es igual que la de las demás Administraciones (general y autonómica). Pero además, en su párrafo 4 añade el artículo 4 la obligación de remitir el informe al Ministerio de Economía y Hacienda así como a los órganos competentes de aquellas Comunidades Autónomas que tengan, con arreglo a sus Estatutos de Autonomía, atribuida la tutela financiera de las entidades locales; en aras de un mayor control de la morosidad de esta administración.

Para facilitar el cumplimiento de esta obligación, el 23 de marzo de 2011 se publicó por el entonces Ministerio de Economía y Hacienda la *Guía para la elaboración de los Informes trimestrales que las entidades locales han de remitir al Ministerio de Economía y Hacienda en cumplimiento del artículo 4 de la Ley 15/2010, de 5 de julio, de modificación de la Ley 3/2004, de 29 de diciembre, por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales*⁶⁵. Esta guía tiene algunos puntos de interés que nos gustaría destacar.

En primer lugar y por lo que respecta al ámbito objetivo de la LMOC, aclara que quedan fuera del mismo las operaciones que no están basadas en una relación comercial, tales como las que son consecuencia de la relación estatutaria y de personal o las que son consecuencia de la potestad expropiatoria, de igual manera que sucede para los informes de la Administración General del Estado. El acreedor ha de ser una empresa, quedando, por tanto, excluidas las operaciones que se producen entre distintas entidades del sector público. Deben incluirse las facturas litigiosas y, en su caso, los gastos sometidos a convalidación. Por tanto, en el ámbito local, se corresponderán con: a) para las entidades sometidas a presupuesto limitativo, con carácter general; los gastos corrientes en bienes y

⁶⁵<http://www.meh.es/Documentacion/Publico/DGCFEL/InstruccionesAplicaciones/Gu%C3%A1DaMorosidad.pdf>

servicios e inversiones; b) para las restantes entidades del sector público local; los aprovisionamientos y otros gastos de explotación y adquisiciones de inmovilizado material e intangible. Se añade que, dado que la ley de lucha contra la morosidad establece el devengo automático de intereses de demora, también se deberá conocer el importe de éstos.

En segundo lugar, los informes trimestrales, referidos al último día de cada trimestre natural, se remitirán obligatoriamente por cada Corporación local y por cada una de las entidades dependientes de las mismas, que tengan la consideración de Administración Pública según la normativa de estabilidad presupuestaria, y figuren como tal en el Inventario de Entidades del Sector Público Local. El contenido del informe se referirá a los conceptos que siguen: a) Pagos realizados en el trimestre, b) intereses de demora pagados en el trimestre, c) facturas o documentos justificativos pendientes de pago al final del trimestre y d) facturas o documentos justificativos con respecto a las cuales, al final de cada trimestre natural, hayan transcurrido más de tres meses desde su anotación en el registro de facturas y no se hayan tramitado los correspondientes expedientes de reconocimiento de la obligación. El detalle de la información a suministrar se adaptará al tipo de entidad, distinguiendo entre entidades con presupuesto limitativo y el resto de entidades.

En tercer lugar, en cuanto a la determinación del período legal de pago y de la fecha de inicio del plazo de pago, en los contratos administrativos se aplican los plazos de pago establecidos en la Ley de Contratos del Sector Público (TRLCSP). Al resto de contratos se les aplican los plazos de pago establecidos con carácter general en la Ley de lucha contra la morosidad. Así, para los pagos de contratos celebrados con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 15/2010 las reglas son éstas: el plazo de pago ordinario del artículo 4 de la Ley 3/2004, de 29 de diciembre, por el que se establecen medidas de

lucha contra la morosidad en operaciones comerciales, vigente hasta 6 de julio de 2010, es el que hubieran pactado las partes y en su defecto, con carácter general, 30 días después de la fecha en que el deudor haya recibido la factura o una solicitud de pago equivalente⁶⁶. Para los pagos de contratos celebrados con posterioridad a la entrada en vigor de la Ley 15/2010 el plazo de pago es, con carácter general, 60 días después de la fecha de recepción de las mercancías o de la prestación del servicio, no pudiendo este plazo de pago ser ampliado por acuerdo entre las partes (artículo 4.1 de Ley 3/2004, modificado por Ley 15/2010). Los proveedores deberán hacer llegar la factura o solicitud de pago equivalente a la Administración, antes de que se cumplan treinta días desde la fecha de recepción efectiva de las mercancías o prestación del servicio.

En cuarto lugar, la guía contiene las indicaciones pertinentes para realizar el cálculo de lo que denomina períodos medios y que se refieren a: a) el "*Periodo medio de pago*" de los efectuados en el trimestre, que es el indicador del número de días promedio que se ha tardado en realizar los pagos, b) el "*Periodo medio de pago excedido*" de los efectuados en el trimestre, que es el indicador del número de días promedio que las operaciones pagadas fuera de plazo han excedido del plazo legal, c) el "*Periodo medio del pendiente de pago*" al final del trimestre, que es el indicador del número de días promedio de antigüedad de las operaciones pendientes de pago a final del trimestre, d) el "*Periodo medio del pendiente de pago excedido*" a final del trimestre, que es el indicador del número de días promedio que las operaciones pendientes de pago al final del trimestre han excedido del plazo legal y finalmente e) el "*Periodo medio de*

⁶⁶ No obstante, si la fecha de recibo de la factura o solicitud de pago equivalente se presta a duda, o si se recibe antes que los bienes o servicios, el plazo de 30 días se contará desde la fecha de recepción de las mercancías o prestación de los servicios. Si legalmente o en el contrato, se ha establecido un procedimiento de aceptación o de comprobación de conformidad de los bienes o servicios, en el caso de que se reciba la factura antes o en la fecha en que tiene lugar dicha aceptación o verificación, el plazo de pago de 30 días se computará después de esta última fecha. Por tanto, en este caso, el inicio del período se computa, con carácter general, desde la recepción de la factura, siendo el período legal de pago el que se haya establecido entre las empresas y en su defecto 30 días

operaciones pendientes de reconocimiento" (PMOPR) a que se refiere el apartado 4 del artículo quinto de la Ley 15/2010, que es el indicador del número de días promedio de antigüedad de estas operaciones.

En quinto lugar, la guía prevé, para llevar a cabo la obligación de remisión de estos informes trimestrales al Ministerio de Economía y Hacienda (hoy Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas) la posibilidad de hacerlo telemáticamente ya que dispone que las entidades locales graben la información a través de la aplicación ofrecida en la Oficina Virtual para Coordinación Financiera con las Entidades Locales, accesible en el Portal del Ministerio de Economía y Hacienda⁶⁷, y procedan a su tramitación telemática con firma electrónica. Dicha información estará estructurada en los "formularios web", que se adjuntan como anexos a la guía. En tanto no se efectúe la firma electrónica, la información grabada podrá ser objeto de modificación. Si una vez firmada, la entidad correspondiente apreciase algún error en los datos comunicados, para su subsanación deberá procederse previamente a la anulación de dicha firma. Cada Corporación local tendrá acceso a la información transmitida por sus entidades dependientes, a través del sistema de consultas que se habilite a tal efecto.

Concluye el artículo 4 con una previsión de carácter no obligatorio, ya que se limita a reconocer la posibilidad de que las Administraciones receptoras de la información a que hemos hecho referencia en este epígrafe (es decir el Ministerio de Economía y Hacienda y los órganos competentes de las CCAA en su caso) emitan un informe periódico y de carácter público sobre el cumplimiento de los plazos para el pago.

⁶⁷<http://www.minhap.gob.es/es-ES/Areas%20Tematicas/Administracion%20Electronica/OVEELL/Paginas/OVEntidadesLocales.aspx#cabeceraconsulta>

Respecto a las obligaciones de información de las Administraciones públicas, debemos tener en cuenta la reciente Orden HAP/2105/2012, de 1 de octubre de 2012, por la que se desarrollan las obligaciones de suministro de información previstas en la LO 2/2012, de 27 de abril de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera. Esta norma tiene por objeto determinar el procedimiento, contenido y frecuencia de remisión de la información económico-financiera a suministrar por las Comunidades Autónomas y Corporaciones Locales, así como definir la información objeto de publicación periódica para conocimiento general, los plazos para su publicación, y el modo en que debe publicarse (art. 1). En sus capítulos III y IV regula los deberes de información de las CCAA y de las Corporaciones locales (distinguiendo en este caso entre obligaciones periódicas y no periódicas)

Para concluir, nos parece acertada la implantación de la medida prevista en el artículo 4 de la Ley 15/2010, que impone a todas las Administraciones públicas la obligación de informar periódicamente sobre el cumplimiento de los plazos de pago en tanto que ello supone dar cuenta del grado de cumplimiento de la LMOC. Pero debemos plantearnos la eficacia práctica de estas medidas ya que lo importante, en el fondo, será no tanto el que se justifique si la Administración está cumpliendo o no con este deber de información que la Ley de morosidad le impone, cuanto el que la Ley se cumpla efectivamente. Valoramos positivamente el hecho de que las Administraciones estén cumpliendo puntualmente con la obligación de redactar estos informes trimestrales, pero naturalmente esto no es bastante. Debe ir acompañado de un cambio de actitud generalizada en la Administración pública española, que no debe demorar los pagos a sus acreedores, y parece que en este sentido, como reiteraremos en páginas posteriores, ese cambio de actitud no se ha producido como consecuencia de las medidas adoptadas por la Ley

15/2010. No ha favorecido ese cambio de actitud la crisis económica en la que nos hallamos sumidos en los últimos años.

3.5 El Registro de todas las facturas de la Administración local

Otra de las medidas que la Ley 15/2010 introduce para intentar luchar contra la morosidad de la Administración pública es el establecimiento, en su artículo 5, del Registro de facturas de las Administraciones locales.

Se trata de un instrumento de implantación obligatoria en todas las entidades locales⁶⁸ (la Administración General del Estado y de las Comunidades Autónomas no tienen la obligación de crear formalmente este Registro) La gestión del mismo está encomendada a la intervención o al órgano de la entidad local que tenga atribuida la función de contabilidad. Tiene por objeto la anotación, con carácter previo a la remisión al órgano responsable de la gestión del gasto, de todas las facturas⁶⁹ y demás documentos emitidos por los contratistas a efectos de justificar las prestaciones realizadas por los mismos⁷⁰.

⁶⁸ Recordemos que según el artículo 3 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las bases del régimen local son entidades locales territoriales el municipio, la provincia y las islas en los archipiélagos balear y canario, así como las entidades territoriales de ámbito inferior a la municipal instituidas o reconocidas por las Comunidades Autónomas conforme al artículo 45 de la LRBRL, las comarcas u otras entidades que agrupen varios municipios instituidas por las Comunidades Autónomas, las áreas metropolitanas y las mancomunidades de municipios.

⁶⁹ Según dispone el artículo 2.1 del Real Decreto 1496/2003, de 28 de noviembre, que regula la obligación de facturación, los empresarios o profesionales están obligados a expedir factura y copia de ésta por las entregas de bienes y prestaciones de servicios que realicen en el desarrollo de su actividad. Conforme al artículo 2.2 f) de esa misma norma, en todo caso deberá expedirse esta factura y copia cuando se trate de operaciones cuyo destinatario resulte ser una de las Administraciones Públicas a que se refiere el artículo 2 de la Ley 30/1992 de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común. El Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas ha elaborado un Proyecto de Real Decreto por el que se aprueba el Reglamento por el que se regulan las obligaciones de facturación (<http://www.minhap.gob.es/es-ES/Normativa%20y%20doctrina/Normativa/Paginas/ProyectosdeNormativa.aspx>), que tiene prevista su entrada en vigor el 1 de enero de 2013, con el que incorpora al Derecho español la Directiva 2010/45/UE, de 13 de julio de 2010, por la que se modifica la Directiva 2006/112/CE relativa al sistema común del impuesto sobre el valor añadido, en lo que respecta a las normas de facturación.

⁷⁰ Se trata así de dar certeza jurídica a un trámite (la presentación de las facturas) que hasta el momento en muchas Administraciones públicas no estaba suficientemente normalizado

Esta anotación dará lugar, entre otros efectos, a que, transcurrido un mes desde su realización sin que el órgano gestor del gasto de la entidad haya procedido a tramitar el oportuno expediente de aprobación de la respectiva certificación de obra⁷¹ o acto administrativo de conformidad con la prestación realizada, la intervención o el órgano de la entidad local que tenga atribuida la función de contabilidad requiera a dicho órgano gestor para que justifique por escrito la falta de tramitación de dicho expediente.

Por otra parte, la intervención o el órgano de la entidad local que tenga atribuida la función de contabilidad deberá incorporar al informe trimestral al pleno de la corporación local⁷² a elaborar por la tesorería o en su defecto por la propia intervención, una relación de facturas o documentos justificativos con respecto a los cuales hayan transcurrido más de tres meses⁷³ desde su anotación en el citado registro y no se hayan tramitado los correspondientes expedientes de reconocimiento de la obligación o se haya justificado por el órgano gestor la ausencia de tramitación de los mismos. De esta manera se establece un control más riguroso de las facturas impagadas

(DORREGO DE CARLOS, A y JIMÉNEZ DÍAZ, A., "La nueva regulación de la morosidad...", cit. p. 9)

⁷¹ De acuerdo a lo establecido en el Informe de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa 7/00, de 11 de abril de 2000, la expedición de la factura correspondiente a una certificación de obra deberá hacerse una vez haya sido aprobada ésta (reconocimiento y pago de la obligación que contenga) por el órgano competente. Por ello, según se indica en este informe, la coincidencia de fecha de la factura y de la certificación de obra no puede ser exigida por la diferencia de fechas en que ambas se emiten, aunque deben coincidir siempre en su importe. Estas reflexiones y las realizadas en la nota anterior acerca de la interpretación del artículo 5 aparecen en el documento "Nota sobre la Ley 15/2010, de 5 de julio, de modificación de la Ley 3/2004, de 29 de diciembre, por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad", redactado por Francisco Sánchez Moretón, Secretario-Interventor del Servicio de Asistencia a Municipios, en septiembre de 2010 y que puede consultarse en <http://www.lasalina.es/atm/legislacion/contratacion/Nota%20Ley%2015%202010%20de%2005%20de%20julio.pdf>

⁷² El informe sobre el cumplimiento de los plazos legales para el pago de obligaciones de la Entidad local, que incluirá necesariamente el número y cuantía global de las obligaciones pendientes en las que se está incumpliendo el plazo. Como hemos visto en el anterior epígrafe, este informe deberá remitirse a los órganos competentes del Ministerio de Economía y Hacienda y órgano autonómico que tenga atribuida la tutela financiera.

⁷³ Advierten DORREGO DE CARLOS, A y JIMÉNEZ DÍAZ, A., "La nueva regulación de la morosidad...", cit. p. 10 que esta previsión de tres meses resulta sorprendente ya que el plazo obligatorio de pago en la LOCM es de un mes

Nos parece interesante dejar constancia, en este apartado, de que la FEMP (Federación española de Municipios y Provincias) trasladó a los Grupos Parlamentarios del Congreso de los Diputados una serie de enmiendas al Proyecto de Ley de Presupuestos Generales del Estado 2011 para que los Ayuntamientos pudieran afrontar la crisis financiera y hacer frente con garantía a sus obligaciones económicas y sociales⁷⁴. El presidente de la FEMP explicó que estas medidas se presentaban en el marco de los objetivos de reducción del déficit público y de la consolidación fiscal, así como de los compromisos adquiridos por el Gobierno de España para con la sostenibilidad de sus finanzas públicas, plasmados en el Plan de Estabilidad y Crecimiento 2010- 2013, por lo que en ningún caso implicaban aumentar el déficit público de las entidades locales. Las enmiendas se referían, a nuestros efectos, a la refinanciación de la deuda y las operaciones de crédito a largo plazo, la elevación de las entregas a cuenta de la participación de las entidades locales en los ingresos del Estado (PIE) y el Fondo Especial para los municipios de menos de 20.000 habitantes. La FEMP consideraba necesario que se habilitasen medidas complementarias que permitan a los Ayuntamientos afrontar la financiación del gasto corriente en los meses siguientes y, de esta forma, dar una solución a la situación de falta de liquidez que dificulta el cumplimiento de sus compromisos de pago a proveedores. Por un lado, insistió en que el Gobierno habilitase la línea de crédito ICO prevista en la Ley de medidas contra la morosidad en las operaciones comerciales, y por otro, que se retrasase hasta el 1 de enero de 2013 la entrada en vigor de los artículos cuarto y quinto de la referida Ley, relativos a la elaboración de informes trimestrales por parte del Estado, de las Comunidades Autónomas y de las corporaciones locales sobre el cumplimiento de los plazos de pago y al registro de facturas en las Administraciones locales, respectivamente. Estas peticiones, como hemos comprobado, no se atendieron, en nuestra opinión razonablemente, y desde la entrada en vigor de la Ley 15/2010

⁷⁴http://217.116.2.85/CartaLocal/Front/Noticias/CL_ContentidoDetalle/_sYcniRvuy5kWRIfMc-G7LVEMUeawknJ3nkohrL-L5UVFoJPIHeslXHCTsl-H1D5rEdcMES8r_E1_sG5PIwkQpagNxBIIZTAU4-opWm-Lbi2bNseFUNFHgw

es obligatorio para todos los entes locales la redacción de los informes trimestrales y la llevanza del Registro de facturas.

Como conclusión a lo expuesto queremos indicar que el establecimiento de estas cinco medidas por parte de la LMOC (en su reforma Ley 15/2010) tenía como finalidad el reducir la morosidad por parte de la Administración pública. Debemos valorar positivamente la adopción de las mismas. No obstante, su eficacia ha sido escasa. Es bueno que las Administraciones deban redactar informes trimestrales sobre los plazos de pago, que exista un Registro de facturas, que se reduzcan los plazos de pago y sobre todo, que se establezcan procedimientos más rápidos y eficaces para hacer efectivas las deudas, pero estas medidas no son suficientes. Y no lo son porque es preciso introducir medidas de carácter sancionador, que obliguen a los deudores, en este caso a las Administraciones públicas, a pagar sus deudas a los acreedores⁷⁵. También es necesario que las Administraciones públicas tengan verdadera voluntad de evitar la morosidad, hay que cambiar la "cultura de la morosidad" y la Administración debe asumir un compromiso real de evitar la misma⁷⁶.

⁷⁵ Como indica BERNAL BLAY, M.A., "Responsabilidades por mora..." cit.p. 10 estas medidas que la ley establece, de tipo más bien estadístico-informativo, pueden ofrecer poco consuelo a los acreedores, mientras no se ordene el abono inmediato de sus facturas.

⁷⁶ Idea en la que incide, por ejemplo, Felix Plasencia, abogado del Estado en excedencia y socio de CMS Albiñana & Suarez de Lezo en el III Encuentro sobre gestión de cobros con las Administraciones públicas, celebrado el 24 de mayo de 2012 http://www.fenin.es/files/269_agenda_C_Gestion_cobros_admin_publicas_www.pdf

4. Fracaso de las medidas para combatir la morosidad en el sector público por parte de la ley 15/2012. La publicación del Real Decreto ley 4/2012 de 24 de febrero

Todas estas medidas a las que se acaba de hacer referencia, previstas por la LMOC para luchar contra la morosidad del sector público, desgraciadamente, han tenido una escasa incidencia. Por ello, el Gobierno, ante la gravedad de la situación económica, optó, en lugar de volver a modificar la ley de morosidad, por llevar a cabo, a través de un Decreto ley (Real Decreto-ley 4/2012, de 24 de febrero, por el que se determinan obligaciones de información y procedimientos necesarios para establecer un mecanismo de financiación para el pago a los proveedores de las entidades locales⁷⁷), una serie de medidas dirigidas a cancelar las deudas de los entes locales (normativa por tanto no aplicable al Estado ni a las CCAA, aunque con respecto de estas últimas se prevé la aplicación de un sistema similar, como veremos más adelante). Vamos a ocuparnos en este epígrafe de analizar las medidas que se han adoptado y puesto en práctica a lo largo del año 2012⁷⁸ con la oportuna valoración de las mismas.

4.1 Origen y finalidad del Real Decreto-ley 4/2012 y referencia a su ámbito de aplicación

La gravedad de los efectos de la crisis económica, el elevado número de impagados y en particular la alta tasa de morosidad de la Administración pública se encuentran en el origen de esta norma, que

⁷⁷ BOE de 25 de febrero de 2012

⁷⁸ "Se trata de una medida histórica y única, no porque no se haya hecho nunca, sino porque no se va a hacer nunca más", así definió la vicepresidenta del Gobierno, Soraya Sáenz de Santamaría, el plan de pago a proveedores establecido en el Real Decreto ley http://www.cinco dias.com/articulo/economia/alcaldes-presentan-9500-millones-facturas-impagadas-mitad-previsto/20120317cdscdieco_1/

persigue una rápida satisfacción de las deudas pendientes de pago por parte de la Administración local.

El Real Decreto-ley 5/2009, de 24 de abril, de medidas extraordinarias y urgentes para facilitar a las entidades locales el saneamiento de deudas pendientes de pago con empresas y autónomos y el Real Decreto-ley 8/2011, de 1 de julio, de medidas de apoyo a los deudores hipotecarios, de control del gasto público y cancelación de deudas con empresas y autónomos contraídas por las entidades locales de fomento de la actividad empresarial e impulso de la rehabilitación y simplificación administrativa, adoptaron varias medidas, en particular una operación especial de endeudamiento, la línea de avales del ICO para el saneamiento de deudas de las entidades locales (a la que hemos hecho referencia en el epígrafe 3.3) y la línea de crédito para la cancelación de deudas de las entidades locales con empresas y autónomos. Ante la ineficacia de estas medidas y la acuciante situación de falta de liquidez, el Gobierno aprobó, por medio del Real Decreto-ley 4/2012, de 24 de febrero, un acuerdo que había sido elaborado por la Comisión Delegada del Gobierno para Asuntos Económicos con el que pretendió establecer un mecanismo “ágil de pago y cancelación de deudas con proveedores de entidades locales y de su financiación”⁷⁹. Con ello se pretendió suministrar liquidez a las empresas y apoyar financieramente a las entidades locales para que puedan afrontar el pago a largo plazo de sus deudas.

Con respecto al instrumento elegido para introducir estas medidas (el Real Decreto-ley) al final de su Exposición de Motivos la propia norma resalta que concurren, por su naturaleza y finalidad, las circunstancias de extraordinaria y urgente necesidad, que exige el artículo 86 de la Constitución Española como presupuestos

⁷⁹ V. Exposición de Motivos del RD Ley /2012, de 24 de febrero, por el que se determinan obligaciones de información y procedimientos necesarios para establecer un mecanismo de financiación para el pago a los proveedores de las entidades locales

habilitantes para la aprobación de un Real Decreto-ley. Esta norma fue convalidada por la Resolución de 8 de marzo de 2012 emitida por el Congreso de los Diputados (BOE el 13 de marzo) con 301 votos a favor (los diputados del PP, PSOE y CIU), 14 en contra (Izquierda Plural, ERC, BNG y Compromis) y 6 abstenciones (PNV⁸⁰). La mayoría absoluta del PP, alegando que este plan de pagos era urgente, rechazó que el Decreto-Ley fuera tramitado como proyecto de ley en el Congreso como había solicitado el PSOE.

En cuanto a su ámbito de aplicación subjetivo la norma obliga a las entidades locales, entendiendo por tales las referidas por el artículo 3 de la ley 7/1985 reguladora de las bases de régimen local. La norma les obliga a pagar las deudas con sus proveedores (contratistas), entendiendo por tales tanto al adjudicatario del contrato como al cesionario a quien le haya transmitido su derecho de cobro. El ámbito de aplicación objetivo son las obligaciones pendientes de pago, que estén vencidas, sean liquidas y exigibles, que hayan sido inscritas en el registro administrativo de la entidad local antes del 1 de enero de 2012 y que resulten de contratos de obras, servicios o suministros incluidos en el ámbito de aplicación del TRLCSP

Quedan fuera del ámbito de aplicación de esta norma las obligaciones contraídas por las entidades locales con la Administración del Estado (incluidos los organismos y entidades de ella dependientes), la Administración de las Comunidades Autónomas (o cualquiera de sus organismos y entidades dependientes de ellas), otras entidades locales o la Seguridad Social.

La Disposición Adicional tercera del Real Decreto-Ley 7/2012, de 9 de marzo, por el que se crea el Fondo para la financiación de los

⁸⁰ Que justificó el sentido de su abstención en las "incorrecciones" del texto y en el hecho de que no afectase a los ayuntamientos vascos y navarros, acogidos al régimen foral.

pagos a proveedores⁸¹, en su párrafo 4 declaró inaplicable a las entidades locales del País Vasco y de Navarra el Real Decreto-ley 4/2012, de 24 de febrero, como consecuencia de las especialidades de su régimen foral. Sin embargo esta exclusión duró poco tiempo ya que la Disposición Adicional segunda del Real Decreto-Ley 21/2012, de 13 de julio de medidas de liquidez de las Administraciones Públicas y en el ámbito financiero (BOE de 14 de julio de 2012) permite la aplicación del Real Decreto 4/2012 de 24 de febrero a las entidades locales del País Vasco y Navarra si bien será necesario para ello previamente suscribir los correspondientes convenios entre la Administración General del Estado y las Diputaciones Forales del País Vasco o la Comunidad Foral de Navarra, según corresponda⁸².

Como ya se ha indicado, el Real Decreto-ley 4/2012, de 24 de febrero no afecta a las deudas de los entes públicos autonómicos, cuestión que se dejó para ser tratado, en términos similares por el Consejo de Política Fiscal y Financiera⁸³. Este órgano, acordó, en reunión celebrada el 6 de marzo de 2012, hacer extensible este plan a las Comunidades Autónomas⁸⁴. Por ello, el 14 de abril de 2012 se publicó en el BOE la Resolución de 13 de abril de 2012, de la Secretaría General de Coordinación Autonómica y Local, por la que se

⁸¹ Publicado en el BOE el 10 de marzo de 2012, este Real Decreto-Ley tiene por objeto la creación del instrumento necesario para la ejecución del plan de pago a los proveedores previsto en el Real Decreto-Ley 4/2012, de 14 de febrero.

⁸² Esta disposición adicional prevé la aplicación a las entidades locales del País Vasco y Navarra, que estén incluidas en el modelo de participación en tributos del Estado, del mecanismo de pago a proveedores al que se refiere el Real Decreto-ley 4/2012, de 24 de febrero. Para ello, se tendrán que suscribir previamente los correspondientes convenios entre la Administración General del Estado y las Diputaciones Forales del País Vasco o la Comunidad Foral de Navarra. En los convenios se deberá considerar la garantía última de la participación de aquellas entidades locales en los impuestos estatales concertados o convenidos, con arreglo a lo dispuesto en los respectivos Concierto Económico con el País Vasco y Convenio Económico con la Comunidad Foral de Navarra.

⁸³ Creado en 1980 por el artículo 3 de la Ley Orgánica de Financiación de las Comunidades Autónomas con el objetivo de adecuar la coordinación entre la actividad financiera de las Comunidades Autónomas y de la Hacienda del Estado. Está constituido por el Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas y el consejero de Hacienda de cada Comunidad Autónoma

⁸⁴ La Disposición Adicional quinta del Real Decreto-ley 7/2012, de 9 de marzo por el que se crea el Fondo para la financiación de los pagos a proveedores establece que las Comunidades Autónomas que se acojan al mecanismo extraordinario de financiación para el pago a los proveedores aprobarán un acuerdo del Consejo de Gobierno u órgano competente en el que conste expresamente que se asume el Acuerdo del Consejo de Política Fiscal y Financiera aprobado el 6 de marzo de 2012

publica el Acuerdo 6/2012, de 6 de marzo, del Consejo de Política Fiscal y Financiera, por el que se fijan las líneas generales de un mecanismo extraordinario de financiación para el pago a los proveedores de las Comunidades Autónomas. Completa la normativa reguladora de esta cuestión la Orden PRE/774/2012, de 16 de abril, por la que se publica el Acuerdo de la Comisión Delegada del Gobierno para Asuntos Económicos de 22 de marzo de 2012, para la puesta en marcha del mecanismo de financiación para el pago a los proveedores de las Comunidades Autónomas⁸⁵. Por tanto, las medidas previstas en el Real Decreto-Ley 4/2012, de 24 de febrero, por el que se determinan obligaciones de información y procedimientos necesarios para establecer un mecanismo de financiación para el pago a los proveedores de las entidades locales, son de aplicación, directa o indirectamente, a toda la Administración pública española, sea ésta central, autonómica o local. La crisis financiera en la que estamos inmersos ha influido, sin duda, en el tratamiento unitario de la financiación del pago a proveedores por la Administración deudora.

4.2 Medidas para realizar los pagos a los proveedores

Volviendo al ámbito de la Administración local, para la consecución del objetivo perseguido por esta norma, es decir, la cancelación de las obligaciones que las entidades locales tienen pendientes de pago con sus proveedores, el Real Decreto-Ley adopta una serie de medidas de entre las que destacamos: la determinación de las deudas que están pendientes de pago, el establecimiento de un sistema de financiación para el pago de esas deudas, la elaboración

⁸⁵ BOE el 17 de abril de 2012.

En la página web del Ministerio de Hacienda puede consultarse la información relativa al plan de pago a proveedores de las Comunidades Autónomas (<http://www.minhap.gob.es/es-ES/Servicios/Paginas/Pagoaproveedoresdecomunidadesautonomas.aspx>)

de los planes de ajuste por parte de las entidades locales deudoras y la regulación de las operaciones de endeudamiento a largo plazo a que esas entidades locales van a acogerse. A continuación analizaremos, siquiera brevemente, cada una de ellas.

4.2.1 La determinación de las deudas pendientes de pago

En su artículo 3, el Real Decreto-ley 4/2012 impuso a las entidades locales la obligación de enviar por vía telemática al Ministerio de Hacienda, antes del 15 de marzo de 2012 una relación certificada (expedida por el interventor “que informará al pleno de la corporación”) de todas las deudas pendientes de pago en la que debía aparecer la identificación del contratista, el importe de la obligación (incluidos impuestos), la fecha de entrada en el registro administrativo de la factura y la mención de si se había exigido el pago judicialmente antes del 1 de enero de 2012. En el mes de marzo, el Ministerio de Hacienda informó⁸⁶ de que había recibido el envío de estos listados de 4.622 ayuntamientos (de un total de 8.116). Estas entidades reconocían casi dos millones de facturas pendientes (1.931.976 facturas) por valor de 9.584 millones de euros con respecto a 177.070 proveedores, de los cuales 63.543 eran PYMES y 50.259 autónomos. Se trataba de una cifra menor de la inicialmente prevista por el Gobierno (que la había estimado en unos 18.000 millones, esta divergencia concuerda con el dato anterior de que fueron aproximadamente la mitad de los ayuntamientos los que enviaron sus datos). Madrid lideraba el listado de ayuntamientos morosos, con 1.017 millones de deuda y más de 16.000 facturas pendientes de pago que afectaban alrededor de a 750 empresas.

La norma (art. 4) permitía a los acreedores consultar su inclusión en esa relación y de no figurar en ella, podían solicitar la emisión de

⁸⁶ Por medio de una nota de prensa que puede consultarse en la página web del Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas: <http://www.minhap.gob.es/es-ES/Servicios/Paginas/Noticiasdeprensapagoproveedores.aspx>

un certificado individual por el interventor en 15 días reconociéndoseles su derecho de cobro en caso de falta de emisión por silencio positivo. Para facilitar la realización de estas gestiones las entidades locales pusieron en marcha mecanismos sencillos de información telefónica o electrónica⁸⁷. Algunos de los ayuntamientos que no enviaron sus listados en marzo pudieron hacerlo posteriormente y acogerse a una segunda fase de pago que se abrió en junio y a la que haremos referencia *infra*. Otros, declararon que estaban al corriente en sus pagos a proveedores y que no necesitaban acogerse al plan de pago.

4.2.2 El establecimiento de un sistema de financiación para el pago de las deudas de las Administraciones

Se encargó a la Comisión Delegada del Gobierno para Asuntos Económicos la puesta en funcionamiento del mecanismo de financiación de las deudas pendientes de pago y reconocidas por los entes locales en los listados y certificados individuales a los que se acaba de hacer referencia⁸⁸. En virtud de lo dispuesto en el artículo 8 del Decreto-ley 4/2012, podrán establecerse como criterios para la prioridad en el pago, entre otros; el descuento ofertado sobre el importe del principal de la obligación pendiente de pago, la reclamación judicial de la deuda antes del 1 de enero de 2012 o la antigüedad de la misma. Como indicaremos al ocuparnos de las consideraciones críticas a la norma, el descuento sobre el importe del principal ha sido uno de los aspectos peor valorados de la misma, ya que puede perjudicar a los proveedores que se encuentren en

⁸⁷ Así por ejemplo el Ayuntamiento de Zaragoza, en su página web: <http://www.zaragoza.es/sede/electronica/>, contenía una sección destinada a pago a proveedores en la que se podía obtener la información y solicitar los certificados individuales

⁸⁸ Recordemos que el Real Decreto-ley 7/2012 de 9 de marzo, por el que se crea el Fondo para la financiación de los pagos a proveedores estableció las condiciones para la obtención de los recursos financieros suficientes para la financiación de las operaciones de endeudamiento.

situaciones económicas más angustiosas, algunos de ellos ofrecerán grandes descuentos en la deuda con tal de cobrar antes.

Los contratistas que aparecieron en los listados que las entidades remitieron al Ministerio de Hacienda, y aquellos acreedores a quienes se les expidiera un certificado individual pudieron hacer efectivos sus créditos voluntariamente mediante su presentación al cobro en las entidades de crédito⁸⁹. Para ello el Ministerio de Hacienda acordó con el sector bancario la apertura de unos créditos, que implicaron el endeudamiento a largo plazo de las entidades locales. El abono de su crédito al contratista tiene como efecto jurídico la extinción de la deuda por el principal, los intereses, las costas judiciales y cualesquiera otros gastos accesorios. Cuestión esta última que ha sido también criticada, puesto que choca con el reconocimiento por parte de la LMOC a los acreedores de los intereses de demora y los costes de cobro.

4.2.3. La elaboración de planes de ajuste por parte de las entidades locales deudoras

Aquellas corporaciones locales que tuvieran deudas pendientes de pago y que hubiesen enviado sus listados al Ministerio de Hacienda, tenían la obligación de aprobar en sus plenos, antes del 31 de marzo de 2012, un plan de ajuste conforme con las directrices fijadas por el modelo publicado en el Anexo III de la Orden HAP/537/2012, de 9 de marzo, por la que se aprueban el modelo de certificado individual, el modelo para su solicitud y el modelo de plan de ajuste previstos en el Real Decreto-ley 4/2012, de 24 de febrero por el que se determinan obligaciones de información y

⁸⁹ El Ministerio de Hacienda concedió a los proveedores un plazo desde el 2 hasta el 22 de abril (telemáticamente) o el 20 de abril (en papel) para acogerse a este mecanismo extraordinario de pago. Puede consultarse en la web: <http://www.minhap.gob.es/es-ES/Servicios/Paginas/Noticiasdeprensapagoproveedores.aspx>

procedimientos necesarios para establecer un mecanismo de financiación para el pago a los proveedores de los entes locales⁹⁰.

El plan de ajuste debe recoger ingresos corrientes suficientes para financiar sus gastos corrientes y la amortización de las operaciones de endeudamiento; incluir una adecuada financiación de los servicios públicos prestados mediante tasa o precios públicos (abastecimiento de agua, servicio de alcantarillado, de recogida de basuras, tratamiento de residuos...) así como la descripción y el calendario de aplicación de las reformas estructurales que se vayan a implementar y las medidas de reducción de cargas administrativas a ciudadanos y empresas que se vayan a adoptar⁹¹.

Entre las posibles medidas que el modelo del Ministerio de Hacienda ha previsto que pueden adoptar los entes locales, en relación con los gastos figura la reducción de costes de personal (tanto de salarios como de efectivos), el establecimiento de medidas de ahorro en el régimen retributivo de los directivos y altos cargos en las empresas públicas (limitaciones de salarios en la alta dirección, reducción del número de consejeros de administración en empresas del sector público) la reducción del número de personal de confianza así como de contratos externalizados que pueden ser prestados por el personal municipal actual, disolución de empresas que presenten pérdidas⁹², reducción del número de contratos menores y reducción en la prestación de servicios de tipo no obligatorio. Otra de las medidas de ahorro que figuran en el modelo es la regulación de las cláusulas indemnizatorias de acuerdo a la reforma laboral en proceso⁹³ al personal al servicio de las Administraciones públicas.

⁹⁰ BOE de 16 de marzo de 2012

⁹¹ Artículo 7 del Real Decreto-ley 4/2012, de 24 de febrero

⁹² Sobre la reestructuración del sector público de las CCAA véase PALA LAGUNA, R. "Algunas cuestiones sobre el régimen jurídico de las sociedades mercantiles autonómicas", *RARAP*, 39-40, 2012, pp. 49-100

⁹³ Punto que ha sido ya objeto de crítica y de discusiones políticas en algunos ayuntamientos.

En lo que respecta a los ingresos, los ayuntamientos tienen que especificar en esos planes de ajuste si tienen previsto elevar los impuestos, suprimir exenciones o bonificaciones voluntarias, adoptar medidas para reforzar la recaudación ejecutiva y la voluntaria o potenciar la inspección tributaria para descubrir hechos imposables no gravados. También deberán publicar anualmente en las memorias de las empresas públicas las retribuciones que perciban los máximos responsables y directivos, así como una estimación realista de los derechos de dudoso cobro.

La importancia que se otorgó en el Real Decreto-Ley 4/2012, de 24 de febrero a este plan de ajuste era sustancial, ya que de su valoración favorable por parte del Ministerio de Hacienda, al que debía enviarlo la corporación local al día siguiente de su aprobación en el pleno, dependía la autorización de la operación de endeudamiento a largo plazo y con ello la posibilidad de financiamiento de la entidad local para atender al pago de las deudas pendientes. El 1 de junio de 2012, el Ministerio de Hacienda, tras informar de que habían sido abonadas 1.715.121 facturas con 106.283 proveedores (36.904 empresarios individuales, 68.768 PYMES y 611 grandes empresas) de 3774 entidades locales por un importe de 9.263.151,895 euros⁹⁴; otorgaba un nuevo plazo (el mes de junio) para solventar las incidencias relativas a las entidades locales que no hubieran presentado sus planes de ajuste o que estos no hubiesen sido informados favorablemente por el Ministerio de Hacienda. El 3 de julio de 2012 se daba cuenta⁹⁵ de que, mientras en la primera fase, 1478 entidades locales no enviaron sus planes de ajuste o éstos fueron evaluados negativamente, en la "repesca"

⁹⁴ Nuevamente a través de su página web: <http://www.minhap.gob.es/es-ES/Servicios/Paginas/Noticiasdeprensaapagoproveedores.aspx>

⁹⁵http://www.seap.minhap.gob.es/es/prensa/notas_de_prensa/notas/2012/07/20120703.html

remitieron la documentación 240 corporaciones de las cuales 178 se han considerado favorables y 62 desfavorables.

Las entidades cuyos planes de ajuste hayan obtenido una valoración positiva por parte del Ministerio de Hacienda deberán devolver el préstamo concedido para el abono de las deudas a sus proveedores mediante un crédito bancario a 10 años con dos de carencia.

4.2.4. Las operaciones de endeudamiento

La última de las fases que completan el sistema previsto por el Real Decreto-ley 4/2012 para la satisfacción de las deudas está prevista en su artículo 10 que permite a las entidades locales financiar sus obligaciones de pago mediante la concertación de una operación de endeudamiento a largo plazo cuyas condiciones financieras serían fijadas por acuerdo de la Comisión Delegada del Gobierno para Asuntos Económicos. En su desarrollo se aprobó el ya citado Real Decreto-ley 7/2012, de 9 de marzo, por el que se crea el Fondo para la financiación de los pagos a proveedores, adscrito al Ministerio de Economía a través de la Secretaría de Estado de Economía. Se trata de una entidad pública con personalidad jurídica propia (art. 3) a la que se dotó con una aportación de hasta 6.000.000 miles de euros con cargo a los Presupuestos Generales del Estado.

El Fondo para la financiación de los pagos a proveedores es el órgano competente para concertar las operaciones de crédito con las Comunidades Autónomas que se acogieran al mecanismo extraordinario de financiación para el pago a proveedores y con las entidades locales en similares circunstancias. De las 17 Comunidades autónomas, 14 se acogieron finalmente al plan de pago; Galicia, Navarra y el País Vasco no acudieron al mismo por no considerarlo

necesario. Estas 14 Comunidades autónomas presentaron 3.918.986 facturas pendientes de pago por un importe de 17.255.345.839,26 euros⁹⁶ (recordemos que la cifra de los ayuntamientos era mucho menor, de 9.584 millones de euros). Para la realización de todos estos pagos (de las entidades locales y de las CCAA) el Fondo para la Financiación de pago a proveedores suscribió un crédito sindicado por valor de 30.000 millones de euros, ampliables a 35.000 millones con 26 entidades financieras⁹⁷.

Conforme al artículo 7.3 del Real Decreto-ley 7/2012, de 9 de marzo, por el que se crea el Fondo para la financiación de los pagos a proveedores, la disposición de la financiación concedida a las Administraciones territoriales se hará mediante el pago directo a los proveedores, subrogándose el Fondo en los derechos que a dicho proveedor corresponderían frente a dichas Administraciones territoriales por el importe satisfecho de acuerdo con el Real Decreto-ley 4/2012. Estas operaciones de crédito estarán garantizadas por las retenciones previstas en el artículo 11 de la norma citada, conforme al cual en el caso de que las entidades locales no concierten la operación de endeudamiento, o en el caso de que la hayan concertado e incumplan con las obligaciones de pago derivadas de la misma, el órgano competente (del Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas u organismo público competente) efectuará las retenciones que procedan con cargo a las órdenes de pago que se emitan para satisfacer su participación en los tributos del Estado.

⁹⁶ Información publicada en la web del Ministerio: <http://www.minhap.gob.es/es-ES/Servicios/Paginas/Noticiasdeprensapagoproveedores.aspx>

⁹⁷ Liderado por el BBVA, Banco de Santander, Bankia, Caixabank e ICO. Figuran como directoras coordinadoras el Banco Popular y Banesto, Banco de Sabadell, Bankinter, Banco CAM y CECA que son las entidades codirectoras. También participaron, con una aportación menor, otras entidades financieras, que aparecen detalladas en el cuadro incorporado en la nota de prensa del día 16 de mayo de 2012 del Ministerio de Hacienda publicada en: <http://www.minhap.gob.es/es-ES/Servicios/Paginas/Noticiasdeprensapagoproveedores.aspx>

Al suscribir el crédito sindicado el Ministerio de Hacienda informó⁹⁸ de que las entidades financieras otorgaban la financiación a cinco años, con dos de carencia. No obstante, los ayuntamientos y las comunidades podrán devolverlo en un plazo de diez años, con dos de carencia, mediante una refinanciación que llevará a cabo el Fondo, conforme a lo establecido, respectivamente, en las Ordenes PRE/773/2012, de 16 de abril, por la que se publica el Acuerdo de la Comisión Delegada del Gobierno para Asuntos Económicos de 1 de marzo de 2012, para la puesta en marcha del mecanismo de financiación para el pago a los proveedores de las Entidades Locales y la Orden PRE/774/2012, de 16 de abril, por la que se publica el Acuerdo de la Comisión Delegada del Gobierno para Asuntos Económicos de 22 de marzo de 2012, para la puesta en marcha del mecanismo de financiación para el pago a los proveedores de las Comunidades Autónomas.

Por último, conforme al artículo 10 del Real Decreto-ley 7/2012, de 9 de marzo, las entidades locales que concierten las operaciones de endeudamiento deberán presentar anualmente al Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas un informe del interventor sobre la ejecución de los planes de ajuste. Se trata de poder supervisar el cumplimiento de los compromisos asumidos por los ayuntamientos, condición indispensable para la obtención de la financiación. Nos parece una buena medida que puede contribuir a la reducción de la morosidad de las Administraciones públicas mediante la adopción de unos nuevos y muy necesarios hábitos de pago puntual.

⁹⁸En la nota de prensa del 16 de mayo ya citada, <http://www.minhap.gob.es/es-ES/Servicios/Paginas/Noticiasdeprensapagoproveedores.aspx>

4.3 Consideraciones críticas

Acabamos de describir, a grandes rasgos, las medidas que el Gobierno ha tomado recientemente con objeto de liquidar las elevadas deudas de la Administración local y autonómica española para con sus proveedores, normalmente empresarios mercantiles. Pues bien, procede aquí realizar una valoración de las mismas, refiriéndonos a los aspectos que consideramos destacables así como a aquellos en los que nos surgen dudas o entendemos que pueden ser negativos.

Respecto a los aspectos que podríamos considerar positivos, con esta norma se ha abordado con bastante valentía un grave problema que estaba latente desde hace mucho tiempo y se han tomado medidas urgentes para atajar las perjudiciales consecuencias que lleva consigo la morosidad de la mayoría de las Administraciones públicas. Además, esta reforma ha podido suponer que muchos pequeños y medianos empresarios y autónomos, que se encuentran en situación muy delicada en esta crisis económica cobrasen sus créditos en breve plazo, comparándolo con la práctica habitual de la Administración, lo cual les puede ayudar a afrontar los problemas económicos que les acucian, al menos los más inmediatos. Por último, consideramos también muy adecuada la obligación que se impone a las entidades locales de hacer planes de ajuste, que deberán ser acordes con sus presupuestos, de esta forma esperamos que los ayuntamientos sean más cautelosos a la hora de ajustar sus ingresos y gastos. Este Decreto-ley puede ser por tanto el primer paso en un proceso de reforma en la gestión del sector público local. Como ya hemos indicado en anteriores capítulos es importante que en la Administración Pública los retrasos en los pagos dejen de

considerarse algo normal o habitual, a la vista de la falta de consecuencias, para la propia Administración y para los responsables del impago de las facturas pendientes y, por el contrario; la normalidad consista en el pago puntual, lo que no es más que el cumplimiento de los contratos celebrados con sus proveedores como cualquier particular.

Ahora bien, esta reforma plantea también una serie de interrogantes y de dudas, que hace que no pueda ser aplaudida en su totalidad. Según los datos aportados por el Ministerio de Hacienda, dos tercios de los proveedores de las entidades locales son PYMES y autónomos, pero ¿van a ser ellos los realmente beneficiados por estas medidas o lo serán los grandes acreedores (como por ejemplo las compañías eléctricas), con quienes los ayuntamientos tienen sus deudas de mayor cuantía? Nos parece positivo que este plan de pago a proveedores haya servido para que los ayuntamientos se pongan al día en el pago de sus facturas, pero nos preocupa que la medida no resulte, sin embargo, tan eficaz como se pretendía, a la hora de contribuir a mejorar la liquidez de las empresas.

Preocupaba también, especialmente a la asociaciones de PYMES y a la PMcM, que la norma diese preferencia a la hora del cobro a las deudas en las que se produzca una quita, ya que ello iba a perjudicar a los acreedores que estando en una situación grave prefirieran cobrar menos pero cobrar, frente a otros acreedores con suficientes recursos como para esperar al pago de su deuda sin necesidad de quitas⁹⁹. En respuesta a esta preocupación, el Ministro de Hacienda, al explicar y defender el Real Decreto-ley descartó que fueran a

⁹⁹ Para la PMcM la puesta en marcha de esta medida "creará una dinámica perversa que afectará de diferente manera a los proveedores según su sector de actividad, ya que no es lo mismo la estructura de costes de una empresa de servicios que de una empresa industrial, por lo que, empresas y sectores que tengan mayores márgenes serán las que tengan más privilegios para cobrar sus facturas pendientes", <http://www.elmundo.es/elmundo/2012/02/28/economia/1330451196.html>

producirse quitas obligatorias y señaló que la antigüedad de la deuda tendría preferencia en el cobro¹⁰⁰.

Otro aspecto negativo de la norma es que reconoce que el abono de la deuda lleva consigo la extinción de la misma por el principal, intereses, costas y “demás gastos”. ¿Dónde quedan entonces los derechos reconocidos por la LMOC a los acreedores respecto a los intereses de demora (alrededor de un 9%) y a los gastos de cobro? Nos preocupa que esta reforma vaya a beneficiar a quienes puedan esperar a cobrar sus créditos porque su situación económica se lo permita, que cobrarán con intereses y gastos, mientras que aquellos en situación más problemática resultarán perjudicados al cobrar menos. Creemos que el Estado ha descuidado, durante el tiempo en que se ha hecho efectivo este plan de pago a acreedores, la aplicación de la LMOC en este punto.

Otro aspecto que también ha sido criticado por parte de las entidades públicas deudoras es que mientras las entidades financieras van a recibir del BCE dinero al 1%, el tipo de interés que van a aplicar a las operaciones de endeudamiento que con ellas asuman las entidades locales va a ser de aproximadamente un 5%¹⁰¹. Lógicamente estas medidas no gustan a los entes locales y a las Comunidades Autónomas, no obstante, es el modo de proceder de las entidades financieras cuando prestan a los particulares.

Se ven también con preocupación algunas de las medidas que vayan a tomar los ayuntamientos a la hora de elaborar sus planes de ajuste, ya que a la vista de las vías para incrementar ingresos y reducir gastos que el modelo de plan de ajuste aprobado por el Ministerio de Hacienda ha previsto, los ayuntamientos pueden tomar determinadas decisiones como incrementar de forma brusca el pago

¹⁰⁰ Nota de prensa del 8 de marzo de 2012, en <http://www.minhap.gob.es/es-ES/Servicios/Paginas/Noticiasdeprensapagoproveedores.aspx>

¹⁰¹ Como se ha indicado anteriormente el Ministerio de Hacienda estimó que sería del 5,9%

de determinados impuestos locales¹⁰² o, si no se incrementan los ingresos, se puede empeorar la prestación de sus servicios. Aunque ello no será sólo consecuencia del plan de ajuste sino también de la crisis o, en muchas ocasiones, de la mala gestión municipal.

Pese a los aspectos negativos o a las interrogantes que el Real Decreto ley 4/2012 de 24 de febrero nos ha planteado, debemos concluir que las medidas en él contenidas se han revelado eficaces. Conforme a los datos aportados por el Ministerio de Hacienda, muchas pequeñas y medianas empresas y autónomos, que se encuentran en una situación en algunos casos preconcursal, han cobrado los créditos que la Administración tenía pendiente de pago para con ellos. Además, se valora de forma muy positiva la obligación de la Administración de elaborar sus planes de ajuste, lo que creemos que puede suponer un avance en una mejor gestión y un cambio en los hábitos de pago. Es preciso cambiar la cultura de la morosidad y que la Administración asuma un compromiso real de evitar la misma, en vez de tratar de solucionar el problema (de forma transitoria) con una concesión de crédito a los deudores morosos para que paguen las deudas pendientes.

Para poner fin a este capítulo, queremos indicar que una de las pocas vías que está resultando algo efectiva para combatir la morosidad de la Administración es la de imputar a los alcaldes por el delito de desobediencia cuando en una sentencia judicial se ha reconocido la deuda y la obligación de pago del ayuntamiento pese a

¹⁰² Muchos ayuntamientos, entre ellos el de Zaragoza, han anunciado y llevado a cabo ya subidas del IBI <http://www.zaragoza.es/contenidos/hacienda/Plan-Ajuste-2012-2022.pdf>. El plan de ajuste del Ayuntamiento de Madrid, entre las medidas de ingresos 2012-2022, prevé una subida "transitoria y excepcional" de los tipos del IBI para 2012 y 2013 y una actualización del impuesto sobre vehículos de tracción mecánica en un 2% anual, <http://www.madrid.es/UnidadesDescentralizadas/Presupuestos/OtrosContenidosPresupuestos/PlanDeAjuste2012-2022/FicherosPlanAjuste/Plan%20de%20Ajuste%202012-2022%20Final.pdf>

lo cual dicha deuda sigue sin pagarse¹⁰³. La ejecución de las deudas contra la Administración pública resulta muy difícil, ya que normalmente nos hallamos ante bienes de dominio público y, por tanto, inembargables. Además, es muy difícil que la Administración se sancione a sí misma por impago, si bien puede hacerlo a los responsables de la contratación.

Creemos necesario el establecimiento de un régimen sancionador, ya que los comportamientos morosos en los pagos por parte de las Administraciones públicas se reiteran y a pesar de los efectos positivos del Decreto-Ley de pago a proveedores, las noticias más recientes nos llevan a ser pesimistas¹⁰⁴. Se ha constatado que, tras los pagos efectuados en ejecución de esta norma, durante el año 2012 la Administración española ha acumulado facturas por un importe de 10.000 millones de euros. Por ello insistimos en que la principal vía para luchar contra la morosidad en general, y contra la de la Administración Pública en particular, es la de que se cumplan los plazos previstos en la LMOC y para ello es preciso introducir sanciones a su incumplimiento¹⁰⁵.

¹⁰³ En línea con lo sugerido por el CESE en el proceso de elaboración de la Directiva 2011/7/UE. Como hemos indicado en el capítulo II, entre las observaciones que el CESE hizo en su Dictamen de 17 de diciembre de 2009 sobre la Propuesta de Directiva del PE y del Consejo por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales, entendía que la Directiva debería reforzar y agravar las penalizaciones a las autoridades públicas en el caso de falta de pago pasados 30 días.

¹⁰⁴ http://www.cinco dias.com/articulo/economia/administraciones-acumulan-otros-10000-millones-facturas-impagadas/20121102cdscdseco_11/

¹⁰⁵ En octubre de 2012 la PMcM volvió a presentar al Ministerio de Hacienda una propuesta de imposición de sanciones leves (con multas de 6.000 a 30.000 euros), graves (entre 30.001 y 300.000) y muy graves (de 300.001 a 900.000) con un plazo de prescripción de 1 a 4 años. <http://www.pmc m.es/prensa/notas-de-prensa.html>.

CONCLUSIONES

- Primera: La morosidad en las operaciones comerciales se encuadra en aquellos comportamientos, a menudo reiterados, por los cuales se retrasa, más allá de lo convenido o de lo permitido por la Ley, el cumplimiento de las obligaciones de pago del precio que nacen de negocios jurídicos bilaterales de carácter mercantil celebrados entre empresarios o entre empresarios y Administraciones Públicas. Constituye un supuesto de incumplimiento de un contrato que tiene como consecuencia el deber general de indemnizar los daños causados mediante el abono de los intereses de demora.

- Segunda: Las graves consecuencias que los excesivos aplazamientos en los pagos y la morosidad estaban provocando en las empresas en la Unión Europea justificó la intervención de los organismos comunitarios a través de la adopción de la Directiva 2000/35/CE. No obstante, el texto final elaborado por el Comité de Conciliación debido a las posiciones tan dispares entre la Comisión y el Consejo, resultó insatisfactorio, ya que no permitió conseguir su principal objetivo: la desaparición de las diferencias normativas sobre plazos de pago de las deudas entre los Estados miembros. Para ello, la Directiva debería haber establecido un régimen más riguroso, que incluyera medidas similares a las adoptadas en los Estados del norte de Europa cuyos plazos de pago eran ya más breves así como unos tipos de interés de demora más elevados o la imposición de sanciones civiles a los incumplidores

- Tercera: El alto grado de morosidad en los pagos por parte de las Administraciones Públicas llevó a que, al modificar el régimen de morosidad por medio de la Directiva 2011/7/UE, se diferenciara entre las operaciones celebradas entre empresas, de un lado y de otro

aquellas en las que es la Administración pública quien contrata con la empresa. En las segundas se impide pactar un aplazamiento de pago superior a 30 días (salvo dos concretas excepciones en las que el plazo máximo es de 60) mientras que en las primeras, las empresas no encuentran más límites a la libertad de pacto que los derivados de la condición abusiva de las cláusulas relativas al contrato. Junto a ello, determinadas medidas de *soft law* (códigos de conducta) y el recurso voluntario a la mediación y el arbitraje por las partes contratantes, pretenden conseguir una mayor transparencia, sensibilización y un cambio de la "cultura de la morosidad". Se trata de medidas cuya adopción ha sido reiteradamente solicitada por los empresarios y que pueden suponer un cambio en los hábitos de pago y en los comportamientos empresariales. No obstante, al carecer de efecto imperativo y ante la necesidad de adscripción voluntaria por los interesados, nos parecen insuficientes; esta conclusión ha sido confirmada por la realidad.

- Cuarta: La técnica legislativa que se utilizó en España para llevar a cabo la transposición de la Directiva 2000/35 fue la de la elaboración de una ley especial (la Ley 3/2004, de 29 de diciembre, por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales) en lugar de la modificación del Derecho preexistente. Creemos que éste sería un buen momento para afrontar el cambio de técnica legislativa y retomar la primitiva idea de trasponer el contenido de la Directiva en el Código de Comercio tal y como la Comisión General de Codificación se planteó en un principio pero desechó finalmente procediendo a la elaboración de la LMOC. Sería deseable que se incluyera el régimen sustantivo a propósito de la morosidad de las operaciones mercantiles en la parte general de obligaciones y contratos del Código de Comercio.

- Quinta: Por medio de esta legislación especial que es la Ley 3/2004, de 29 de diciembre, y que se circunscribe a las operaciones comerciales entre empresarios y entre éstos y las Administraciones Públicas se han producido cambios significativos en el régimen general de la mora, régimen contenido en el Código de Comercio y en el Código Civil. El devengo automático de los intereses de demora, la supresión de la exigencia de culpabilidad al deudor para incurrir en mora, la fijación de un plazo legal y de un tipo de interés de demora en defecto de pacto y el reconocimiento del derecho a recibir una compensación por los gastos en que se haya incurrido para lograr el cobro de la deuda, son medidas que pretenden una mayor protección del acreedor frente al deudor moroso. Medidas sin duda acertadas – por necesarias– pero que, de momento, no han resultado todo lo efectivas que hubiera sido deseable. Y ello ya antes de la crisis económica de 2007/2008.

- Sexta: La persistencia en la realización de prácticas abusivas por parte de las grandes empresas respecto a sus proveedores (fundamentalmente la imposición de unos plazos excesivos de pago) llevó al legislador español, en la Ley 15/2010, a suprimir la libertad de pacto del plazo de pago de las deudas en las operaciones comerciales entre empresarios y entre éstos y la Administración. La imposición de un plazo máximo de 60 días que no puede ser ampliado por acuerdo entre las partes ha suprimido, en el ámbito de la morosidad, un principio básico en Derecho de obligaciones y contratos. Resulta sorprendente el desajuste entre la legislación española y la Directiva, pues ésta última reconoce el principio de libertad de pacto y, en su defecto, un plazo de 30 días. Si bien este desajuste se podría justificar atendiendo al carácter *de minimis* de la norma europea.

Esta imposición de un plazo máximo dificulta, además, la interpretación de los artículos 4.1 LMOC (que prohíbe ampliar el plazo

legal de 60 días) y el 9.1 (que declara nulas las cláusulas que difieran del plazo de pago previsto en el artículo 4), interpretación que debe hacerse en el sentido de que sólo pueden pactarse, y por lo tanto resultar en su caso abusivos, los plazos inferiores a 60 días.

Es preciso efectuar una reforma de estos preceptos, que se debe abordar con ocasión de la transposición de la Directiva 2011/7/UE cuyo plazo finaliza el 16 de marzo de 2013. Dos años después de la publicación de la Ley 15/2010, a pesar de la imposición de un plazo máximo obligatorio de pago con carácter general, los plazos no se han reducido, con lo que las causas que llevaron a la adopción de esta medida persisten. Creemos que en la ley española ha de restablecerse el principio de libertad de pacto, aunque controlando sus posibles excesos y establecer un régimen más riguroso respecto a las consecuencias de las cláusulas que resulten abusivas.

- Séptima: La posibilidad de que las asociaciones o corporaciones empresariales, profesionales y agrícolas, los colegios profesionales y las Cámaras de Comercio puedan ejercitar las acciones de cesación y retracción en la utilización de condiciones generales que incorporen cláusulas abusivas se está revelando como un medio eficaz para luchar contra la morosidad. La defensa colectiva de los intereses de sus miembros por las asociaciones de empresarios mediante el ejercicio de estas acciones otorga una mayor protección a los proveedores, que en muchas ocasiones deben resignarse a no denunciar individualmente la existencia de las cláusulas abusivas y a soportar los excesivos plazos impuestos por los grandes distribuidores, por temor a perder los contratos con ellos.

- Octava: Si la incorporación de la Directiva 2011/7/UE al Derecho español se lleva a cabo mediante la actualización de la Ley 15/2010, y no por la modificación del Código de Comercio, el Código Civil, la Ley de Enjuiciamiento Civil y otra legislación *ratione materiae*,

algunos de sus preceptos requerirán de urgente modificación, ya que su aplicación práctica está suscitando importantes dudas interpretativas. Uno de estos preceptos es el artículo 3.2 b) que excluye de su ámbito de aplicación a los intereses moratorios relacionados con la legislación en materia de cheques, pagarés y letras de cambio. Creemos que la aplicación de la LMOC a estos títulos valores sólo debe ser excluida cuando los cheques, pagarés y letras de cambio operen como títulos abstractos, sin existencia de relación comercial entre el deudor y el proveedor, y no cuando, por falta de circulación, las personas intervinientes estén vinculadas por la relación causal (por ejemplo, una compraventa, o un contrato de suministro) que dio lugar a la emisión del documento

- Novena: Ante las dificultades que plantea la interpretación de la Disposición adicional primera de la LMOC, es necesaria una reforma de la misma que aclare la inaplicación de los artículos 16 y 17 de la LOCM a los productos agroalimentarios.

- Décima: Los perjudiciales efectos derivados de los elevados índices de morosidad de las Administraciones Públicas en España (especialmente en el caso de los entes locales), han llevado al legislador a establecer el límite de 30 días para los pagos a los proveedores por parte de los poderes públicos, límite aplicable a partir del día 1 de enero de 2013, en lugar del plazo general de 60 que establece la Ley. Junto a ello, la introducción de un procedimiento abreviado de reclamación de deudas se ha celebrado como una novedad positiva. Pero, no hay que olvidar que la ejecución de deudas contra la Administración pública resulta de muy difícil realización, ya que en la mayor parte de los casos nos hallamos ante bienes de dominio público y, por tanto, inembargables.

- Decimoprimera: Se han mostrado también eficaces las medidas adoptadas en el Real Decreto-ley 4/2012 de 24 de febrero, por el que se determinan obligaciones de información y procedimientos necesarios para establecer un mecanismo de financiación para el pago a los proveedores de las entidades locales. Estas medidas se han desarrollado, en paralelo a la normativa sobre morosidad, a lo largo de 2012 y han supuesto que las Administraciones local y Autonómica hayan abonado miles de facturas pendientes a sus proveedores. Pero se trata de una medida puntual, prevista excepcionalmente para este año. No obstante, la imposición por este Real Decreto-ley de la obligación a las entidades locales de elaborar planes de ajuste puede ser un buen punto de partida para contribuir a esos cambios sobre la cultura de la morosidad que son tan necesarios. Porque es preciso que cambie la mecánica municipal y autonómica y que las medidas adoptadas no sean sólo de carácter coyuntural: en otro caso pronto nos encontraremos de nuevo con el mismo problema.

- Decimosegunda: La aplicación práctica de la LMOC ha resultado un fracaso en la lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales entre empresarios y especialmente entre empresarios y Administraciones públicas. La supresión de la libertad de pacto entre las partes sobre los plazos de pago no ha implicado una mayor puntualidad en el cumplimiento, lo que nos lleva a concluir que la solución no pasa por la imposición de un plazo obligatorio, que resulta incumplido de forma reiterada, sino por una mayor firmeza en la aplicación de la Ley que ha de incorporar asimismo sanciones en el caso de incumplimiento de los plazos pactados, o en su defecto, de los fijados en la Ley.

En el ámbito de las Administraciones públicas, ello podría acarrear la imputación penal de los responsables de los entes públicos por el

incumplimiento de sus obligaciones de pago cuando éstas hayan sido reconocidas por una sentencia firme.

- Decimotercera: Aunque la adopción de ciertas medidas en momentos puntuales ha podido contribuir a aliviar la delicada situación de algunas empresas, la lucha contra la morosidad no se puede abordar de una forma coyuntural. Es preciso adoptar soluciones a largo plazo, que deben llevarse a cabo mediante una reforma global del derecho preexistente y no, como se hizo con la LMOC, a través de una ley especial.

Y entendemos que, en el desarrollo de esa actividad, es necesaria una firme voluntad por parte del legislador español a la hora de abordar el problema y las dificultades que conlleva, al seguir siendo tan elevado el índice de morosidad de las Administraciones públicas. En el clima actual de desánimo, motivado por la grave crisis económica, y de desconfianza general hacia la clase política es importante que la ciudadanía perciba de ella su verdadera vocación de tutela de los intereses generales y de respeto a la legislación vigente.

BIBLIOGRAFÍA

- AA.VV.. *Principios de Derecho contractual europeo*, (dir. Barres Benlloch, Embid Irujo y Martínez Sanz) t. I y II, Colegios Notariales de España, 2003

- AA.VV., "Reclamación de intereses junto con el principal en las peticiones monitorias", Foro Abierto Civil, *Revista de Jurisprudencia El Derecho editores*, año III, nº 3, febrero 2007

- AA.VV., *Mediación, arbitraje y resolución extrajudicial de conflictos en el siglo XXI*, (coord. García Villaluenga, L., Tomillo Urbina, J.L., Vázquez de Castro, E., y Fernández Canales, C.), ed. Reus, Madrid, 2010

- AA.VV., *Tratado sobre la morosidad* (coord. Palau Ramirez, F., y Viciano Pastor, J.), Aranzadi, Navarra, 2012

- AGUILLAUME GANDASEGUI, G., "El ámbito de aplicación subjetivo y objetivo de la Ley 3/2004, de medidas de lucha contra la morosidad", *La Ley*, nº 6332, 4 de octubre de 2005, t. 4-2004, pp. 1687 a 1694

- ALBALADEJO GARCÍA, M.,
 - "La mora en las obligaciones recíprocas", *RCDI*, 464, 1968, pp. 9 a 31
 - *Compendio de Derecho Civil*, Bosch, Barcelona, 1970
 - "De nuevo sobre la mora en las obligaciones recíprocas", AA.VV. *Estudios homenaje a J.B. Vallet de Goytisoló*, vol. I, Madrid, 1988, pp. 29 y ss.
 - "Comentario al artículo 1100", AA.VV., *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales* (comentario al artículo 1100), t. XV, vol. 1º, EDERSA, Madrid, 1989, pp. 353 a 374
 - *Derecho civil, II, Derecho de obligaciones*, vol, I, Bosch, Barcelona, 1980

- ALBIEZ DOHRMANN, K.J.,
 - "Un nuevo Derecho de obligaciones. La reforma 2002 del BGB", *ADC*, vol. 55, nº 3, 2002, pp. 1133 a 1228
 - "El control de contenido de las cláusulas de morosidad en las operaciones comerciales (A propósito del artículo 9 de la Ley 3/2004, de 29 de diciembre)", *RDBB*, nº 103, julio-septiembre 2006, pp. 209 a 238
 - *La protección jurídica de los empresarios en la contratación con condiciones generales. Una perspectiva española y europea*, Thomson Civitas, 2009

- ALCALÁ DIAZ, M.A.
- "Los deberes de los administradores en la PYME", en AA.VV. *Creación, Gestión estratégica y Administración de la PYME* (coord. Alcalá Díaz), Madrid, Civitas, 2010, pp. 437-480
- *El pagaré como garantía de un contrato de crédito*, Mac-Graw Hill, Madrid, 1999

- ALFARO ÁGUILA-REAL, J.,
- *Las condiciones generales de la contratación*, Civitas, Madrid, 1991
- "La función de los usos en el Código de Comercio", *RDM*, 205, 1992, pp. 419 a 444
- Voz "Integración contractual", *EJB*, vol. III, Civitas, 1995, pp. 3636 a 3642
- "El proyecto de ley sobre condiciones generales de la contratación: técnica legislativa, burocracia e intereses corporativos en el Derecho privado", *RDBB*, nº 67, jul-sept., 1997, p. 839-902
- "Cláusulas abusivas, cláusulas predispuestas y condiciones generales", *Anuario Jurídico de La Rioja*, nº 4, 1998, pp. 53-70
- "La nueva regulación del crédito comercial: Una lectura crítica de la Directiva y de la Ley contra la morosidad" *Indret*, Working Paper nº 296; Barcelona, julio de 2005; www.indret.com
- "EU late payments: probablemente el primer caso de infracción de Derechos fundamentales por la legislación europea" en http://derechomercantilespana.blogspot.com.es/2010_04_01_archive.html
- "¿Es una restricción proporcional de la libertad contractual prohibir todos los pactos contractuales sobre el pago para evitar los abusos?", en <http://derechomercantilespana.blogspot.com/2010/0060/archive.html>
- "La ley de morosidad: no siempre lo eficiente es justo ni admisible", <http://derecho-mercantilespana.blogspot.com/2010/09/la-ley-de-morosidad-no-siempre-lo.html>

- ALONSO LEDESMA, C.,
- "Delimitación de la masa pasiva: las clases de créditos y su graduación" *Derecho concursal. Estudio sistemático de la Ley 22/2003 y de la Ley 8/2002 para la reforma concursal*, Dilex, 2003, pp. 357 y ss.
- "Derecho de sociedades vs. Derecho concursal ¿Técnicas alternativas o complementarias de protección de los acreedores?", en AA.VV., *La modernización del Derecho de sociedades de capital en España, cuestiones pendientes de reforma*, t.II, Aranzadi Cizur-Menor, 2011, pp. 67-107
- "La transmisión de la empresa o de unidades productivas del empresario insolvente como contenido del convenio concursal", en AA.VV. (dir. Largo Gil, R. y Beneyto, J.M.), *Adquisición de empresas y modificaciones estructurales de sociedades*, Ed. Bosch, Barcelona, 2010, pp. 569-600

- ALONSO SOTO, R., "Derecho de la competencia (II). La defensa de la libre competencia en España" en URÍA, R., MENÉNDEZ, A., (coord. APARICIO GONZÁLEZ) *Curso de Derecho mercantil t. I*, 2ª edición, Thomson Civitas, 2006, pp. 300 y 375
- ALONSO UREBA, A.,
 - Voz "Contrato mercantil", *Enciclopedia Jurídica Básica*, vol. I, Civitas, 1995, pp. 1646 a 1652
 - Voz "Empresa", *EJB*, vol. II, ed. Civitas, pp. 2728 a 2735
 - Voz "Empresario", *EJB*, vol. II, pp. 2759-2766
 - *Elementos de Derecho mercantil, I, Introducción*, 1989
- ÁLVAREZ OLALLA, P.,
 - "Comentario a los artículos 1108 y 1109", *Comentarios al Código Civil*, Pamplona, 2011, pp. 1297 y ss.
 - "El nuevo plazo de cumplimiento de las operaciones comerciales entre empresas ¿Una infracción de las exigencias de la Directiva? Comentario a la Ley 15/2010, de 5 de julio, de modificación de la Ley 3/2004, de 29 de diciembre, por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales", *Revista Aranzadi Civil Doctrinal*, nº 6, 2010, pp. 23 a 32
- ÁLVAREZ VIGARAY, R. *La resolución de los contratos bilaterales por incumplimiento*, 4ª edición, Granada, 2009
- AMORÓS GUARDIOLA, M.,
 - "El pacto de reserva de dominio en los bienes inmuebles", *RCDI*, 1972, pp. 9 a 41
 - "Las limitaciones de la autonomía de la voluntad según el pensamiento de Federico de Castro", *ADC* vol. 36, nº 4, 1983, pp. 1129-1148
- APARICIO GONZÁLEZ, M.L.
 - "Breve análisis de la Ley de servicios de pago", *AJA*, 792, 2010,
 - "Transparencia de los servicios bancarios y responsabilidad de la concesión en la concesión de préstamos", *Centro de Estudios de Consumo*(<http://www.uclm.es/centro/cesco/pdf/noticias/2012/transparencia.pdf>), 2012
- ARANA DE LA FUENTE, I., "La penal convencional y su modificación judicial. En especial la cláusula penal moratoria", *ADC*, vol. 62, nº 4 2009, pp. 1579 a 1686
- ARRUÑADA, B.,
 - *La Directiva sobre morosidad; una mala solución para un falso problema*, Madrid, Marcial Pons, Idelco, 1999

- "La Ley contra la morosidad comercial", *Indret*, Working Paper nº 237, Barcelona, julio de 2004, pp. 2 a 14; www.indret.com

- AYALA MUÑOZ, J.M., "La aplicación de la ley de medidas de lucha contra la morosidad a los contratos de las administraciones públicas celebrados antes de 2005", *La Ley*, nº 6410, 30 de enero de 2006, t. 1-2006, pp. 1346 a 1350

- BAENA RUIZ, E., "La Ley de medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales", AAVV, *La compraventa: Ley de garantías*, Cuadernos de Derecho Judicial, Consejo General del Poder Judicial- Escuela Judicial, 2005, pp. 149 a 193

- BARRES BENLLOCH, EMBID IRUJO y MARTINEZ SANZ, *Principios de Derecho contractual europeo*, t. I y II, Colegios Notariales de España, 2003

- BARONA VILAR, S., "Artículo 12: acciones de cesación, retractación y declarativa", *Comentarios a la Ley de condiciones generales de la contratación* (coord. Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano), 2000, pp. 391-486

- BELTRÁN DE HEREDIA Y CASTAÑO, J., *El cumplimiento de las obligaciones*, Madrid 1956

- BERCOVITZ ÁLVAREZ, R., "Propuesta de Anteproyecto de Ley de modificación del Código de Comercio en la parte general sobre contratos mercantiles y sobre prescripción y caducidad", *Noticias, RDBB*, año nº 25, nº 102, 2006, pp. 303-313

- BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, A.,
 - "Ámbito de aplicación y derechos de los consumidores en la Ley general para la defensa de los consumidores y usuarios", AA.VV., *Estudios jurídicos sobre protección de los consumidores*, (dirs. Bercovitz Rodríguez-Cano, A y Bercovitz Rodríguez-Cano, R.), Tecnos, Madrid, 1987, pp. 136 y ss.
 - "Notas sobre los aspectos jurídico-mercantiles de la Ley de Ordenación del Comercio Minorista", AAVV, *Estudios de Derecho mercantil en homenaje al profesor Justino Duque*, Universidad de Valladolid-Caja Duero, 1998, vol. II, pp. 941 a 951
 - "Los códigos de conducta, la autorregulación y la nueva Ley de Competencia Desleal", AA.VV., *El Derecho mercantil en el umbral del siglo XXI. Libro homenaje al profesor Dr. Carlos Fernández-Novoa con motivo de su octogésimo cumpleaños*, Marcial Pons, Madrid, Barcelona, Buenos Aires, 2010, pp. 271 a 280

- BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R.,
 - *La cláusula de reserva de dominio. Estudio sobre su naturaleza jurídica en la compraventa a plazos de bienes muebles*, Editorial Moneda y Crédito, Madrid, 1971
 - *Comentarios a la Ley de venta a plazos de bienes muebles*, ed. Montecorvo, Madrid, 1977
 - "Comentario al artículo 8", *Comentarios a la Ley de condiciones generales de la contratación*, coord. R. Bercovitz, Aranzadi, 1999, p. 259 a 270
 - "Morosos", *Aranzadi civil*, nº 3, 2004, pp. 2280-2281

- BERNAL BLAY, M.A.,
 - "Responsabilidades por mora en el pago de operaciones contractuales", *Actualidad Jurídica Aranzadi*, año XX, nº 814, 10 de febrero de 2011, p. 10-11
 - "Reflexiones sobre el régimen de ejecución de los contratos públicos", *Observatorio de contratos públicos 2010*, (Gimeno Feliú, dir), Thomson Reuters, 2011, pp. 143 a 208

- BLANCO GÓMEZ, J.J., "Algunas reflexiones sobre los artículos 8.1 y 9.1 de la Ley de condiciones generales de la contratación: la ausencia de control de contenido específico de las condiciones generales entre profesionales y empresarios y la clase de nulidad de las condiciones contempladas en dichas normas", AA.VV., *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Luis Díez-Picazo*, (coord. Cabanillas Sánchez), vol. 2, 2002, pp. 1471-1490

- BLANCO PÉREZ-RUBIO, L., "El control de contenido en condiciones generales y en cláusulas contractuales predispuestas", *Revista jurídica del notariado*, nº 35, 2000, pp. 9 a 36

- BLANCO OLAYA, F., "Las demoras en los pagos en la Unión Europea", *Noticias de la Unión Europea*, nº 126, 1995, pp. 87-92

- BRACHFIELD, P.J., *La lucha contra la morosidad*, ed. Gestión 2000, Barcelona, 2006

- BROSETA PONT, M.,
 - *La empresa, la Codificación del Derecho de obligaciones y el Derecho mercantil*, 1965
 - "Ponencia sobre el estado actual y perspectivas del Derecho mercantil", *Centenario del Código de Comercio*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1986, pp. 425 a 436

- BROSETA PONT, M., y MARTÍNEZ SANZ, F. *Manual de Derecho mercantil*, 17ª edición, vol. 1, Tecnos, Madrid 2010

- CAMPINS VARGAS, A. *La sociedad profesional*, Civitas, Madrid, 2000

- CANO MARTÍNEZ DE VELASCO, J.I.,
 - *La mora*, EDERSA, Madrid, 1978
 - *La reserva de dominio o la acción publiciana*, JM Bosch editor, Barcelona, 2001
- CANO RICO, J.R., *Manual práctico de contratación mercantil*, Tecnos, Madrid, 1985
- CARBALLO PIÑEIRO, L., *Las acciones colectivas y su eficacia extraterritorial, Problemas de recepción y transplante de las class actions en Europa*, Universidad de Santiago de Compostela, 2009
- CARDENAL FERNÁNDEZ, J., *El tiempo en el cumplimiento de las obligaciones*, Madrid, 1979
- CARRASCO PERERA, A, "Morosidad y reserva de dominio", *Actualidad Jurídica Aranzadi*, año XV, nº 663, 7 de abril de 2005, p. 3
- CARRIÓN REAL, L., "¿Se pueden pactar en las operaciones comerciales plazos de pago superiores a sesenta días? Por una interpretación sistemática y conforme a la normativa comunitaria de la ley de morosidad", *La Ley*, nº 7932, 27 de septiembre de 2012, pp. 1 a 8
- CASTÁN TOBEÑAS, J., *Derecho civil español, común y foral*, t. III, Derecho de obligaciones (decimoquinta edición, revisada y puesta al día por Gabriel García Cantero), Madrid, 1988, pp. 208 a 217
- CLAVERÍA GOSÁLBEZ, L.H.,
 - "La predisposición del contenido contractual", *RDP*, julio-agosto, 1979, pp. 667 a 687
 - "Comentario al artículo 10.4 LGDCU", AA.VV., *Comentarios a la Ley General de Defensa de los Consumidores y Usuarios*, (dir Bercovitz Rodríguez-Cano R., y Salas Hernández, J.) Madrid, 1992, pp. 336 a 347
- COCA PAYERAS, M.,
 - Voz "Mora", *EJB*, vol. III, Civitas, Madrid, 1995, pp. 4340 a 4342
 - "Aproximación al Proyecto de Ley de Condiciones Generales de la Contratación", *La Notaría*, febrero 1998, pp. 37 a 62
- COLÓN DE CARVAJAL FIBLA, B., "Hacia un nuevo "descrédito" de las Administraciones Públicas; un análisis sobre la reforma del régimen jurídico de las medidas de lucha contra la morosidad", *Actualidad Administrativa* nº 14, t. 1, *La Ley* 6585/2010, p. 1670 y ss.

- CORTES DOMÍNGUEZ, L.J., capítulo 73 contratos bancarios I, en URÍA, R., MENÉNDEZ, A., *Curso de Derecho mercantil II*, Thomson Civitas, 2007, p. 517 a 554
- CRISTOBAL MONTES, A.,
 - *La mora del deudor en los contratos bilaterales*, Civitas, Madrid, 1984
 - "La mora del deudor en la resolución contractual por incumplimiento", *RDP*, febrero 1985, pp. 91 a 128
- CUARTERO RUBIO, M.V., "La lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales", *La Ley*, nº 6581, 31 de octubre de 2006, pp. 1 a 15
- DE CASTRO Y BRAVO, F.,
 - *Las condiciones generales de los contratos y la eficacia de las Leyes*, Civitas, Madrid, 1975
 - "Notas sobre las limitaciones intrínsecas de la autonomía de la voluntad", *ADC*, Estudios monográficos, serie 1ª, nº 2, 1982, pp. 987 a 1085
- DE VERDA Y BEAMONTE, J.R., "El pacto de reserva de dominio en el artículo 4.1 de la Directiva 2000/35/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 29 de junio e 2000 (A propósito de la STJCE de 26 de octubre de 2006)", *Noticias de la Unión Europea*, 290, marzo 2009, pp. 3 a 15
- DEL GUAYO CASTIELLA, I., *Contratos del sector público y concurso de acreedores*, RDCP, monografía nº 14, 2011
- DEL SAZ CORDERO, S., "La incidencia de las medidas de lucha contra la morosidad en los pagos del sector público", *RGDA*, nº 25, 2010, Iustel, pp. 1 a 13
- DELGADO ECHEVARRÍA, J. en LACRUZ BERDEJO, J.L., *Elementos de Derecho civil*, t., II, Derecho de obligaciones, vol, 1º, Parte General, Delito y cuasi delito, 2ª ed. Bosch, Barcelona, 1985
- DÍAZ DEL HOYO, M.A., "La lucha contra la morosidad comercial: un nuevo proceso monitorio empresarial para una nueva coyuntura", *La Ley*, nº 6556, 25 de septiembre de 2006, t. 4-2006. pp. 1677 a 1678
- DÍEZ-PICAZO GIMENEZ, G.,
 - "La Directiva 2000/35/CE sobre la mora debendi en las obligaciones comerciales. Un eficaz intento para luchar contra la morosidad", AA.VV., *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Luis Díez-Picazo*, t.II, Civitas, Madrid, 2003, pp. 1731-1747
 - *La mora y la responsabilidad contractual*, Madrid, Civitas, 1996

- DÍEZ PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L.,
 - "El retardo, la mora y la resolución de los contratos sinalagmáticos", *ADC*, 1969, pp. 401 y ss.
 - "Comentarios al artículo 1108", en AA.VV., *Comentario del Código Civil II*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, pp. 62 a 64
 - "Comentarios al artículo 1966", en AA.VV., *Comentario del Código Civil II*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, pp. 2158 a 2159
 - *Fundamentos del Derecho Civil patrimonial. Las relaciones obligatorias*, vol. II, Madrid, Civitas, 1993, p. 374
 - *Fundamentos de Derecho civil patrimonial*, t. III, Civitas, Madrid, 1995, p. 786

- DÍEZ PICAZO, L., y GULLÓN, A.,
 - *Instituciones de Derecho Civil*, vol. I, ed. Tecnos, Madrid, 1973
 - *Sistema de Derecho Civil*, vol. II, Tecnos, Madrid, 1976, pp. 155 a 160

- DÍEZ-PICAZO, L., ROCA TRÍAS, E., MORALES, A.M., *Los principios del Derecho europeo de contratos*, Civitas, Madrid, 2002

- DORREGO DE CARLOS, A y JIMÉNEZ DÍAZ, A., "La nueva regulación de la morosidad de la Administración pública: criterios prácticos de aplicación del régimen transitorio de la Ley 15/2010", *Diario La Ley*, nº 7472 21 de septiembre de 2010, año XXXI, pp. 1 a 12

- DUQUE DOMÍNGUEZ, J. "Constitución económica y Derecho mercantil", *La Reforma de la legislación mercantil*, 1978, p. 11

- EGÚSQUIZA BALMASEDA, M.A., "Sobre el pacto de reserva de dominio (a propósito de la Sentencia de 19 de mayo de 1988)", *RCDI*, año nº 67, nº 602, 1991, pp. 9-42

- ENNECERUS, L. *Derecho de obligaciones*, vol. I, traducción de la 35ª edición alemana por Pérez González, B. y Alguer, J., Bosch, Barcelona, 1954, pp. 261 a 270

- ESPÍN CÁNOVAS, D.,
 - "La excepción de incumplimiento contractual", *ADC*, 1964, t. XVII, vol. II, pp. 543 a 581
 - *Manual de Derecho español*, vol. III, obligaciones y contratos, 5ª ed. revisada y ampliada, Madrid, 1978, p. 204

- ESTUPIÑÁN CÁCERES, R., "El proyecto de ley por el que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales: Aspectos básicos", *La Ley*, nº 5950, 9 de febrero de 2004, pp. 1 a 5

- FERNÁNDEZ ASTUDILLO, J.M., "La morosidad en las operaciones comerciales: su nueva regulación", *Revista digital NJ Bosch*, nº 15, febrero-marzo 2005

- FERNÁNDEZ DEL POZO, L.,
 - "Aplazamientos de pago a los proveedores y publicidad registral del comerciante en la Ley de ordenación del comercio minorista", *RCDI*, 1996, año nº 72, nº 635 pp. 1479 a 1516
 - "Comentario de los artículos 16 y 17 LOCM", en AA.VV, (coord. Alonso Espinosa/López Pellicer/Massaguer Fuentes/Reverte Navarro), *Régimen jurídico general del comercio minorista*, Madrid, 1999, pp. 261 a 285

- FERNÁNDEZ MAGARZO, M.R., "Códigos de conducta", *RDCD*, nº 7, 2010, pp. 91 a 118

- FERNÁNDEZ NOVOA, C. "Reflexiones preliminares sobre la empresa y sus problemas jurídicos", *RDM*, 1965, nº 95, p. 7

- FONT GALÁN, J.I.,
 - *Constitución económica y Derecho de la competencia*, Tecnos, Madrid, 1987
 - "La empresa en el Derecho mercantil", AAVV, JIMÉNEZ SÁNCHEZ (coord.), *Derecho mercantil*, Barcelona, Ariel, 2009, pp. 58 a 81.

- FONT GALÁN, J.I. y PINO ABAD, M., "La relevante causa negocial de la sociedad", *RDM*, nº 239, 2001, pp. 7 a 95

- FREUDENTHAL, M., "Implementation of the Directive on late payments in the Netherlands", en AA.VV., *La armonización del Derecho de obligaciones en Europa*, (dir. Badosa Coll, F. y Arroyo i Amayuelas. E.), Valencia, 2006, pp. 407 a 427

- FUENTES GÓMEZ, J.C, "Logros y cuestiones pendientes de la Ley 3/2004, de 29 de diciembre, por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad", *Boletín de Información del Ministerio de Justicia*, nº 1995, 2005, pp. 5 a 25

- GALÁN LÓPEZ, C.
 - "El proceso pefectivo del contrato", en AA.VV., *El contrato de leasing* (coord. García Villaverde, R.) Mac-Graw Hill, Madrid, 1999, pp. 276-295
 - "Algunas cuestiones en torno al régimen concursal de protección de los acreedores de las sociedades unipersonales" en AA.VV., *Derecho de sociedades. Libro homenaje a Fernando Sánchez Calero*, vol. IV, capt. 115, Civitas, Madrid, 2002, pp. 3771 a 3815

- GARCÍA AMIGO, M.,
 - *Condiciones generales de los contratos*, EDERSA, Madrid, 1969
 - "Integración del negocio jurídico", *RDN*, 1980, pp. 117 a 144
 - "Comentario al artículo 1109", en AA.VV., *Comentario del Código Civil II*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991

- GARCIA DE ENTERRÍA LORENZO-VELÁZQUEZ, J. "La competencia exclusiva del Estado sobre la "legislación mercantil", *Estudios sobre la Constitución española, Homenaje al profesor Eduardo García de Enterría*, Civitas, Madrid, t. V, 1991, pp. 4081 a 4104

- GARCÍA GALLARDO, R., "Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las transacciones comerciales", *DN*, junio 1998, nº 93, año 9, pp. 43 y 44

- GARCÍA MANDALÓNIZ, M.,
 - "La lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales: adaptación del ordenamiento jurídico español a la Directiva 2000/35/CEE", *Noticias de la Unión Europea*, nº 228, 2004, pp. 9 a 20
 - "Morosidad y aplazamientos de pago abusivos: lucha legislativa frustrada, reforma legislativa y propuestas de lucha efectiva", *Morosidad, aplazamientos de pago y empresa familiar*, Font Galán, J.I. y Miranda Serrano, L.M. (dirs.), *Academia Sevillana del Notariado*, 2010, pp. 95 a 135

- GARCÍA PASTOR, M., "La mora en las obligaciones recíprocas: una nueva propuesta", *RDP*, septiembre 1999, pp. 579 a 595

- GARCIA VILLAVERDE, R. "Sociedades irregulares", *Cuadernos de Derecho y Comercio*, nº 11, 1993, p. 13 a 50

- GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, J.A., "Contratación bancaria y consumo. Algunas consideraciones en torno al artículo 10 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios", *RDBB*, nº 30, abril-junio, 1988, pp.259-328

- GARCÍA-PITA Y LASTRES, *Introducción al Derecho de los títulos-valores y de las obligaciones mercantiles*. Obligaciones mercantiles. El contrato mercantil. Las condiciones generales de los contratos, t. II, 3ª ed., Torculo Ediciones SL, Santiago 2002

- GARCÍA-TREVIJANO GARNICA, J.,A. y RECUERDA GIRELA, M.A., "Problemas de aplicación de la nueva Ley de morosidad y su especial incidencia en los contratos del sector público", *REDA*, nº 150, 2011, pp. 331 a 360

- GARRIGUES DÍAZ CAÑABATE, J.,
 - *Contratos bancarios*, Madrid, 1958
 - *Curso de Derecho mercantil, t. II*, 1940
 - *Tratado de Derecho mercantil, t. III vol. I*, Madrid 1963
 - *Curso de de Derecho mercantil, I*, séptima edición, 1976

- GIMENO FELIÚ. J.M.
 - *El control de la contratación pública: (las normas comunitarias y su adaptación en España)*, Civitas, Madrid, 1995
 - *Contratos públicos: ámbito de aplicación y procedimiento de adjudicación: (la incidencia de las directivas comunitarias en el ordenamiento jurídico español)*, Civitas, Madrid, 2003
 - *La nueva contratación pública y su incidencia en la legislación española: la necesaria adopción de una nueva ley de contratos públicos y propuestas de reforma*, Cizur Menor (Navarra), 2006
 - "Los sujetos contratantes: alcance del concepto poder adjudicador en la Ley de Contratos del Sector Público", *Noticias de la Unión Europea*, nº 298, 2009, pp. 55-70
 - Varias voces en *Diccionario de contratación pública*, (dir Bermejo Vera), Madrid, Iustel 2009
 - *Novedades de la Ley de contratos del sector público de 30 de octubre de 2007 en la regulación de la adjudicación de contratos públicos*, Civitas, Thomson Reuters, Navarra, 2010
 - *Las reformas legales de la Ley 30/2007, de contratos del sector público. Alcance y efectos prácticos*, Civitas, Thomson Reuters, 2011

- GIRON TENA, J.,
 - *Derecho de sociedades, I*, Madrid, 1976
 - "Las sociedades irregulares", *ADC*, 1951, p. 1291 y ss
 - "El concepto de Derecho mercantil", *ADC*, 1954, pp. 695-791,

- GÓMEZ LIGÜERRE, C., "El nuevo régimen legal de la morosidad en las operaciones comerciales", *Indret*, nº 4/2011, pp. 1 a 47. www.indret.com

- GONDRA ROMERO, J.M., "La estructura jurídica de la empresa (El fenómeno de la empresa desde la perspectiva de la Teoría General del Derecho)", *RDM*, nº 228, 1998, pp. 493 a 592

- GRAMUNT FOMBUENA, M.D., *La mora del deudor*, Bosch, Barcelona, 1993

- HERNÁNDEZ GIL, F., "La intimación del acreedor en la mora "ex persona", *ADC*, 1962, pp. 331 a 364.

- HERNÁNDEZ GIL, A., *Derecho de obligaciones*, Madrid, 1960

- ILLESCAS ORTÍZ, R.
 - "La autorregulación, entre la quiebra de la relatividad y la obligatoriedad de la declaración unilateral de voluntad", *Derecho Privado y Constitución*, (Número Monográfico sobre Fuentes del Derecho en Homenaje al profesor Javier Salas Hernández) nº 17, 2003, pp. 291 a 306
 - "El empresario mercantil individual: reglas generales", AAVV, JIMÉNEZ SÁNCHEZ (coord.), *Derecho mercantil*, Barcelona, Ariel, 2006, p. 4

- INFANTE RUIZ, F.J., "Entre lo político y lo académico: un Common Frame of Reference de Derecho privado europeo", *Indret*, Barcelona, nº 2, 2008, www.indret.com

- IÑIGUEZ ORTEGA, P., "Aspectos materiales de la morosidad en las operaciones comerciales: especial referencia a la Ley 3/2004 de 29 de diciembre", junio 2005, Artículos Doctrinales: Derecho Mercantil, <http://noticiasjuridicas.com>

- JIMENEZ SÁNCHEZ, G.,
 - "Aproximación al tema del concepto de Derecho mercantil", AA.VV., *Estudios de Derecho mercantil en homenaje a R. Uría*, 1978, p. 337
 - *Derecho mercantil*, I, 13ª edición actualizada, Barcelona 2009, pp. 35 a 40

- JORDANO BAREA, J.B., "Cumplimiento tardío y facultad resolutoria tácita", *ADC*, 1951, t. I, fasc. I, pp. 303 a 310

- JORDANO FRAGA, F., *La responsabilidad contractual*, Madrid, Cívitas, 1987

- LA CASA GARCÍA, R.,
 - "La instrumentación mediante títulos cambiarios de los pagos a proveedores en la Ley de Ordenación del Comercio Minorista", *DN*, 78, 1997, p. 1-18
 - *La fundación-empresa*, Tratado de Derecho Mercantil, t. XVII, Marcial Pons, 2009

- LACRUZ BERDEJO, J.L.,
 - *Elementos de Derecho civil II*, vol, 1º, Parte general, Teoría General del contrato, Madrid, Dykinson, 2007, p. 55
 - *Elementos de Derecho civil, II, Derecho de obligaciones*, vol. I, Parte general, delito y cuasidelito, Barcelona, 1977 p. 79 y ss.

- LANGLE, E., *Manual de Derecho mercantil español*, t. III, Barcelona, 1959

- LASARTE ÁLVAREZ, C., "Sobre la integración del contrato: la buena fe en la contratación (En torno a la Sentencia del T.S. de 27 de enero de 1977)", *RDP*, año nº 64, nº 1, 1980, pp. 50 a 78
- LARA GONZÁLEZ, R., "El mercado interior de la Unión Europea y la morosidad en las operaciones comerciales (Notas a la Directiva 2000/35/CE)", *Unión Europea Aranzadi*, vol. 27, nº 11, 2000, pp. 31 a 35
- LARGO GIL, R.,
 - "Las sociedades de reafianzamiento", *RDS*, 13, 1999, pp. 61-94
 - "La filialización de empresas", en AA.VV., *Descentralización productiva y responsabilidades empresariales. El Outsourcing* (dir. Rivero Lamas, J.), Aranzadi, Navarra, 2010, pp. 354-383
- LEMA DEVESA, C. y TATO PLAZA, A., "La ley de medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales y su incidencia en el comercio minorista", *DN*, nº 183, diciembre 2005, pp. 5 a 15
- LÓPEZ LACOISTE, J.J., "Constitucionalismo y codificación civil", AA.VV., *Lecturas sobre la Constitución española* (dir. T.R.Fernández) t. II, UNED, 1978, p. 590
- LÓPEZ Y LÓPEZ, A.M., Voz "reserva de dominio", *EJB*, vol. IV, Civitas, 1995, pp. 5857 a 5860
- LÓPEZ SÁNCHEZ, J., "Jurisdicción y competencia en los monitorios europeos seguidos en España: la introducción de un proceso monitorio en el orden jurisdiccional social", *La Ley*, año XXIX, nº 6865, pp. 1 a 19
- MAGRO SERVET, V., (coord.) "Reclamación de intereses junto con el principal en las peticiones monitorias", Foro abierto, *Revista de Jurisprudencia*, El Derecho editores, año III, nº 3, febrero de 2007, pp. 6 a 11
- MALUQUER DE MOTES BERNET, C.J., "Los códigos de conducta como fuente de Derecho", *Derecho Privado y Constitución*, nº 17, 2003, pp. 361 a 376
- MARCOS FERNÁNDEZ, F., "El aplazamiento y la morosidad en las obligaciones contractuales en el sector comercial", *Anuario de Derecho concursal*, nº 5, 2005, pp. 301 a 321
- MARÍN GARCÍA, I. "La cláusula penal en la propuesta de Modernización del Código Civil, en materia de Obligaciones y Contratos", *Indret*, 2/2009, www.indret.com

- MARÍN LÓPEZ, J.J.,
- "Comentario a los artículos 16 y 17 LOCM", en *AA.VV Comentarios a las leyes de ordenación del comercio minorista*; (coord. Bercovitz Rodríguez-Cano, R. y Leguina Villa, J.), Madrid, Tecnos, 1997, pp. 321 y ss
- "Las acciones de clase en el derecho español", *Indret*, 03/2001, www.indret.com

- MARÍN LÓPEZ, M.J., "La reserva de dominio sobre bienes muebles", *Tratado de los Derecho de garantía* (Carrasco Perera, A., Cordero Lobato, E., Marín López, M.J.), 2ª ed., Aranzadi, Pamplona, 2008 p. 973 y ss.

- MARTÍN RODRÍGUEZ, M.A., *La unificación civil y mercantil de la contratación privada*, Editorial Universitaria Ramón Areces, 2007, <http://vlex.com/vid/significado-duplicidad-teorias-civiles-454588>.

- MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, C., *Las ventas a plazos de bienes muebles*, ed. Tecnos, Madrid, 1988

- MARTÍNEZ FERNÁNDEZ, J.M. "La aplicación a la contratación administrativa de la ley de medidas contra la morosidad en las operaciones financieras", *REL*, nº 82, 2005, pp. 43 a 62

- MARTÍNEZ ROSADO, J., *La compraventa a plazos de bienes muebles con reserva de dominio en el concurso*, Madrid, La Ley, RDCP, monografía nº 2, 2005

- MASSAGUER FUENTES, J., "Códigos de conducta y competencia desleal: aspectos sustantivos y procesales", *Indret*, nº 2, 2011, http://www.indret.com/pdf/823_es.pdf

- MENÉNDEZ MENÉNDEZ, A.,
- *Constitución, Sistema económico y Derecho mercantil*, UAM, Madrid, 1982
- "La actividad farmacéutica y la condición de empresario mercantil (ensayo en torno al Derecho español)", *AA.VV., Estudios en homenaje a Jorge Barrera Graf, t. II*, México, UNAM, 1989, pp. 1129 a 1158

- MIQUEL GONZÁLEZ, J.M, "Comentarios al artículo 8", *Comentarios a la Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación*, coord. Menéndez y Díez Picazo y dir. Alfaro, Madrid, 2002, p. 474
- "La nulidad de las condiciones generales", *Nul: estudios sobre invalidez e ineficacia*, nº 1, 2006, <http://www.codigo-civil.info/nulidad/lodel/document.php?id=343>
- "Algunos aspectos del control de contenido de las condiciones generales en la ley española", *Revista española de seguros:*

publicación doctrinal de Derecho y economía de los seguros privados, nº 117, 2004, pp. 7-46

- "La nulidad de las condiciones generales", AA.VV., *Las nulidades de los contratos: un sistema en evolución* (coord. Delgado Echeverría), 2007, pp. 193 a 223

- "La reserva de dominio", *Historia de la propiedad: crédito y garantía. V encuentro interdisciplinar: Salamanca 31 de mayo-2 de junio* (coords. Salustiano de Dios, Javier Infante, Ricardo Robledo, Eugenia Torijano), Servicio de Estudios del Colegio de Registradores, 2007, pp. 523 a 600

- MIRANDA SERRANO, L.M.,

- *Aplazamientos de pago y morosidad entre empresas*, editorial Marcial Pons, Madrid, 2008

- "La morosidad en los pagos instrumentados en títulos valores: situaciones concursales y extraconcursoales", *RDCP*, nº 10, 2009, pp. 117 a 148

- "La disciplina legal contra la morosidad y los plazos de pago abusivos: fundamentación, ámbito de aplicación e impacto en el Derecho preexistente", *Morosidad, aplazamientos de pago y empresa familiar*, Font Galán, J.I. y Miranda Serrano, L.M. (dirs.), Academia Sevillana del Notariado, 2010, pp. 11 a 62

- "La Ley 15/2010, de modificación de la normativa de lucha contra la morosidad y su incidencia sobre el régimen de pago a proveedores de la Ley de ordenación del comercio minorista", *RDCD*, nº 8, año 2011, pp. 15 a 62

- MIRANDA SERRANO, L., M. y PAGADOR LÓPEZ, J.,

- "Contratos de financiación y morosidad", *RDBB*, num. 119, 2010, pp. 167 a 192.

- "La reforma del régimen legal contra la morosidad. ¿Un avance en la represión de las malas prácticas de pago?", *RDCD*, nº 7, 2010, pp. 215 a 253

- MOISSET DE ESPANES, "Incumplimiento y mora en las obligaciones de no hacer", *RGLJ*, 1975, I, pp. 345 y ss.

- MONFORT, C., "Transposition française de la Directive sur les retards de paiements: Rendez-vous manqué avec l'actualisation du Droit de obligations", en AA.VV., *La armonización del Derecho de obligaciones en Europa*, (coord. BADOSA COLL, F. y ARROYO I AMAYUELAS, E.), Tirant monografías 386, Valencia, 2006 pp. 381 a 405

- MORILLAS JARILLO, M.J., "Morosidad en las operaciones comerciales", *DN (Contratación mercantil, Legislación)*, nº 173, febrero 2005, pp. 85 a 87

- MUÑOZ CERVERA, M., "El interés y la usura", AA.VV., *Crédito al consumo y transparencia bancaria*, (coord. Ubaldo Nieto Carol), Civitas, Madrid, 1998, pp. 803 a 882

- NAVARRO RODRÍGUEZ, S., "La aplicación práctica de la ley contra la morosidad: problemática mercantil y procesal", *RJC*, 4, 2009, pp. 89 a 115

- O´CALLAGAHAN MUÑOZ, X. "Comentario al artículo 1100 CC", *Código Civil comentado y con jurisprudencia*, Madrid, La Ley, 2001, p. 1064

- OGÁYAR Y AYLLÓN, T., *Efectos que produce la obligación bilateral. Doctrina Jurisprudencial sobre los artículos 1124 y 1504 del Código Civil*, Aranzadi. Pamplona, 1983

- OLIVA BLÁZQUEZ, F., "La reserva de dominio como instrumento de lucha contra la morosidad en la Directiva 2000/35/CEE y en la Ley 3/2004", *Revista de Derecho Patrimonial*, Aranzadi editorial, nº 16, 2006, pp. 93 a 119

- OLIVENCIA RUIZ, M.,
 - "De nuevo, la lección 1ª. Sobre el concepto de la asignatura" (Discurso leído en la solemne apertura del curso académico 1999-2000 en la Universidad de Sevilla), *Secretariado de publicaciones de la Universidad de Sevilla*, 1999, pp. 1 a 57
 - "Los códigos de buen gobierno: valoración", *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, nº 0, 2008, p. 26-31

- ORDÁS ALONSO, MARTA, *El interés de demora*, Thomson Aranzadi, Navarra, 2004

- PAGADOR LÓPEZ, J.,
 - *Condiciones generales y cláusulas contractuales predispuestas. La Ley de condiciones generales de la contratación*, Marcial Pons, Madrid, 1999
 - "El control de contenido en materia de aplazamientos de pago y morosidad: el artículo 9 de la Ley 3/2004 de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales", *Morosidad, aplazamientos de pago y empresa familiar*, Font Galán, J.I. y Miranda Serrano, L.M. (dirs.), Academia Sevillana del Notariado, 2010, pp 63 a 94

- PALÁ LAGUNA, R.
 - "Soft law, moral suasion y autorregulación. ¿Tibieza del legislador o prudencia en la elaboración de normas jurídicas?", *Nul: estudios sobre invalidez e ineficacia*, nº 1, 2010

-. "Algunas cuestiones sobre el régimen jurídico de las sociedades mercantiles autonómicas", *RARAP*, 39-40, 2012, pp. 49-100

- PASQUAU LIAÑO, M., "Comentarios a los artículos 9 y 10 ", *Comentarios a la Ley de Condiciones Generales de la Contratación*, coord. Bercovitz, Madrid, 1999, p. 271 a 309

- PAZ ARES, C.

- Voz "Sociedad irregular", *EJB*, IV, Civitas, Madrid, 1995, pp. 6335 y ss.

- *Curso de Derecho mercantil*, I, 2ª edición, Civitas, Madrid, 2006, pp. 532 y ss.

- "Comentario al artículo 1669 del CC", AAVV, *Comentario del Código Civil*, II, Ministerio de Justicia, Secretaría General Técnica, 1993, pp. 1339 y ss

- PERALES VISCASILLAS, M.P.,

- *La morosidad en las operaciones comerciales entre empresas, Ley 3/2004 y Directiva 2000/35*, Aranzadi, Navarra, 2006

- "La Ley 3/2004 y la Directiva 2000/35: pasado, presente y futuro e impacto en el Derecho mercantil", *REDUR* 5, diciembre de 2007, pp. 5-24

- "Modificación de la Ley 3/2004, sobre morosidad", *RDCP*, nº 13, 2010, pp. 531 a 533

- *Arbitrabilidad y convenio arbitral. Ley 60/2003 de arbitraje y Derecho societario*, Thomson Aranzadi, Cizur Menor, 2005

- PÉREZ DE LA CRUZ, "La mora en las obligaciones interempresariales (Consideraciones sobre la Ley 3/2004, de 29 de diciembre)", en AAVV (coord. Arroyo Martínez) *I Congreso Nacional de Derecho mercantil. Veinte años de España en la Unión Europea: balance y perspectivas*, Thomson/Civitas, Navarra, 2007, pp. 479 a 491

- PÉREZ GURREA, R., "La transmisión de dominio en la compraventa: el pacto de reserva de dominio", *RCDI*, año 87, nº 724, 2011, pp. 1143-1159

- PLEITE GUADAMILLAS, F., "Aplicación de la Disposición Transitoria única de la Ley 3/2004, de 29 de diciembre por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales", *Contratación Administrativa Pública*, nº 44, 2005, p. 16

- POLO SÁNCHEZ, E., *Protección del contratante débil y condiciones generales de los contratos*, Civitas, Madrid, 1990

- PORTELLANO DÍEZ, P., "Comentario a los artículos 16 y 17 LOCM", en AA.VV. *Comentarios a la ley de ordenación del comercio minorista*

y a la ley orgánica complementaria, (dir. Piñar Mañas, J.L., y Beltrán Sánchez, E). Civitas, Madrid, 1997, pp. 151 y ss

- PUIG BRUTAU, J., *Fundamentos de Derecho Civil*, I, vol. II, Bosch, Barcelona, 1976, pp. 485 a 496

- PULGAR EZQUERRA, J.,

- "El Proyecto de Ley de medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales y la nueva legislación concursal", *Actualidad Jurídica Aranzadi*, nº 604, 2003, pp. 1 a 5

- "El presupuesto objetivo del concurso de acreedores ", AAVV, GARCÍA VILLAVARDE, R., ALONSO UREBA, A. Y PULGAR EZQUERRA, J. (dirs.), *Derecho concursal. Estudio sistemático de la Ley 22/2003 y de la Ley 8/2002*, Madrid, Dilex, 2003, pp. 55 y ss.

- "A propósito de la Ley de medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales (Ley 3/2004, de 29 de diciembre) y la nueva legislación concursal", *RDGP*, Noticias comentadas, nº 2, 2005, pp. 515-526

- "Preconcurso y acuerdos de refinanciación", *RDGP*, nº 14, 2011, pp. 25 a 40

- PUNZÓN MORALEDA, J. y SÁNCHEZ RODRÍGUEZ, F., "Comentario a las modificaciones introducidas por la Ley 15/2010, de 5 de julio, de modificación de la Ley de morosidad y su afectación a la LCSP", *Contratación Administrativa Práctica*, nº 106, marzo de 2011, La Ley, pp. 1 a 13

- REDONDO TRIGO, F., "La personalidad jurídica de las sociedades irregulares: a propósito de la Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de diciembre de 2006", *RCDI*, año 83, nº 700, 2007, pp. 853-873

- RIVERA ÁLVAREZ, J.M., "La retención de la documentación como medio de garantizar la eficacia de la cláusula de reserva de dominio (Artículo 10.3º de la Ley 3/2004, de 29 de diciembre, por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales)", *Garantías reales mobiliarias en Europa*, Marcial Pons, Madrid, Barcelona, 2006, pp. 551 a 562

- RIVERA FERNÁNDEZ, M.,

- *La posición del comprador en la venta a plazos con pacto de reserva de dominio*, Tirant monografías, Valencia, 1994

- "Directiva 2000/35 del Parlamento europeo y del Consejo, de 29 de junio de 2000, por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales (Diario Oficial núm. L 200 de 8 de agosto de 2000)", *Revista de Derecho Patrimonial*, Aranzadi, nº 6, 2001-1, pp. 519 a 525

- RIVERO ORTEGA, R. (dir.), *Mercado europeo y reformas administrativas: la transposición de la directiva de servicios en España*, Cizur Menor (Navarra), Civitas, 2009
- ROCA TRÍAS, E., voz "Cosas", *EJB*, t.II, Civitas, Madrid, 1995 p. 1754,
- RODRIGUEZ ARTIGAS, F., "El ámbito de aplicación de las normas sobre condiciones generales de la contratación y cláusulas contractuales no negociadas individualmente (a propósito de un Anteproyecto y Proyecto de Ley)", *DN*, 86, 1997, pp. 1 a 16
- RODRÍGUEZ ESPEJO, J. "El interés de los préstamos bancarios: anatocismo, liquidación anticipada, intereses remuneratorios y moratorios (Comentario a la Sentencia de la Audiencia Territorial de Madrid de 2 de diciembre de 1984)", *RDBB*, nº 21, enero-marzo, 1986, p. 191 a 202.
- RODRIGUEZ-ARIAS BUSTAMANTE, L, *Derecho de obligaciones*, EDERSA, Madrid, 1965
- RODRIGUEZ PIÑERO Y BRAVO FERRER, M., "La lucha legal contra la morosidad en los pagos", en AAVV. (coord. González Porras y Méndez González), *Libro homenaje al profesor Manuel Albaladejo García*, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Murcia 2004, t. II, pp. 4361 a 4382
- RODRÍGUEZ RUIZ DE VILLA, D., "Análisis crítico de la lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales (Ley 3/2004)", *Revista CEF Legal*, nº 71, 2006, pp. 27 a 78
- RODRÍGUEZ TAPIA, J.M., "Sobre la cláusula penal en el Código civil", *ADC*, vol. 46, nº 2, 1993, pp. 511 a 588
- ROJO AJURIA, L., Voz "intereses", *EJB*, vol. III, 1995, p. 3666.
- ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, A. "El empresario (I). Concepto, clases y responsabilidad", en URÍA, R y MENÉNDEZ, A., (coord. APARICIO GONZÁLEZ) *Curso de Derecho mercantil*, t. I, 2ª edición, Civitas, 2006, p. 76
- ROMERO CANDAU, P., "Medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales (Ley 3/2004, de 29 de diciembre)", *El Notario del siglo XXI. Ensayos de actualidad*, Colegio Notarial de Madrid, 2006, pp. 13 a 49

- RUIZ-RICO RUIZ, J.M.,
- "Comentarios al artículo 1108", *Comentario al Código Civil y Compilaciones forales*, t. XV, vol.1º, Edersa, Madrid, 1989 pp. 752 a 847
- "Comentarios al artículo 1109", *Comentario al Código Civil y Compilaciones forales*, t. XV, vol.1º, EDERSA, Madrid, 1989 pp. 847 a 918

- SALAZAR ROMERO, J.A.,
- "La lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales: Comentario a la Directiva 2000/35", *Revista General de Derecho Europeo (Digital)*, nº 4, 2004
- "Derecho contractual europeo: perspectivas para el futuro", *Revista General de Derecho Europeo (Digital)*, nº 6, 2005
- "La Directiva 2000/35/CEE contra la morosidad en las operaciones comerciales: balance descriptivo del período de aplicación 2004-2006", *Revista General de Derecho Europeo (Digital)*, nº 12, 2007

- SAMANES ARA, C., "El ejercicio de la acción de cesación en defensa de los intereses colectivos y difusos de los consumidores y usuarios", *Actualidad civil*, nº 18, 2004, pp. 2143-2154

- SÁNCHEZ ANDRÉS, A., "El control de las condiciones generales en Derecho comparado: panorama legislativo", *RDM*, 1980, nº 157-158, pp. 385 a 436

- SÁNCHEZ CALERO, F.,
- "La mora del asegurador en la nueva redacción del artículo 20 de la Ley del Contrato de Seguro", *RES*, nº 88, 1996, pp. 7 y ss.

- SANCHEZ CALERO, F y SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J., - *Instituciones de Derecho mercantil*, 34ª edición, vol. I, Aranzadi, Navarra, 2011
- *Instituciones de Derecho mercantil*, 34ª edición, vol. II, Aranzadi, Navarra, 2011

- SÁNCHEZ GARRIDO, J., "La morosidad en las operaciones comerciales", *Observatorio contable y financiero*, septiembre 2006, nº 3, pp. 60 a 65

- SANTOS BRIZ, J. "Comentario a los artículos 1108 y 1109 del Código Civil", *Comentario del Código Civil*, Bosch, Barcelona, 2000, p. 156

- SOLÉ RESINA, J., *Los contratos de servicios y de ejecución de obras: Delimitación jurisprudencial y conceptual de su objeto*, Madrid, Marcial Pons, 1997

- SORIANO GARCÍA, J.E., *Lucha contra la morosidad y contratación administrativa (Grupos de presión, captura del regulador y Administración Pública ante las relaciones comerciales)*, Madrid, 2006
- SORO RUSELL, O., "Veinte años de resoluciones judiciales de interés civil y mercantil en materia de códigos de conducta, una repercusión todavía muy limitada", *Indret*, Barcelona, abril de 2010, pp. 1 a 50, www.indret.com
- SCHULTE –NÖLKE, H., "The transposition of Directive 2000/35/EC on late payment into German national law", en AA.VV., *La armonización del Derecho de obligaciones en Europa*, (dir. Badosa Coll, F. y Arroyo i Amayuelas. E.), Valencia, 2006, pp.285-302
- URÍA, R y MENÉNDEZ, A.,
 - *Curso de Derecho mercantil*, t. I, 2ª edición, Civitas, Madrid, 2006, pp. 51 y ss.
 - *Curso de Derecho mercantil t. II*, 2ª edición, Aranzadi 2007, p. 531
- URÍA, MENÉNDEZ y VERGEZ, "El contrato mercantil", (Capítulo 57), en Rodrigo Uría y Aurelio Menéndez, *Curso de Derecho mercantil*, II, Madrid, Civitas, 2007, p. 49.
- URÍA, MENÉNDEZ Y ALONSO SOTO, "El contrato de seguro en general" AAVV, URÍA Y MENÉNDEZ (dirs.) *Curso de Derecho mercantil*, t. II, Madrid, Civitas, 2001, p. 579
- VICENT CHULIÁ, F.,
 - "La sociedad en constitución", *Estudios en homenaje a R. Uría*, Madrid, 1978, p. 855 y ss.
 - "Las acciones colectivas de condiciones generales y su impacto", *Condiciones generales de la contratación y cláusulas abusivas*, dir Nieto Carol, Consejo General de los Colegios Oficiales de Corredores de Comercio, Valladolid, 2000, pp. 387 a 434
 - "Las acciones colectivas de condiciones generales y su impacto en los sectores de contratación especial", *RGD*, 668, 2000, pp. 6143 a 6186
 - *Introducción al Derecho mercantil*, vols. I y II, 22ª edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010
- VICENTE Y GELLA, A., "El término esencial", *RDM*, vol. VIII, nº 22, julio-agosto, Madrid, 1949, pp. 7 a 41
- VICIANO PASTOR, J., "La morosidad en las obligaciones pecuniarias en las operaciones comerciales entre empresas. La Ley 3/2004, por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales" (capítulo 5) en AA.VV., *Tratado sobre la*

morosidad, (coords. Palau Ramirez y Viciano Pastor) Aranzadi, Navarra, 2012 pp. 243 a 458

- ZACCARIA, A., "La Directiva 2000/35/CE sui ritardi di pagamento: I discostamenti, rispetto ad essa, del decreto italiano di attuazione", en AA.VV., *La armonización del Derecho de obligaciones en Europa*, (dir. Badosa Coll, F. y Arroyo i Amayuelas. E.), Valencia, 2006, pp. 429 y ss.

- ZAHINO RUIZ, M. L.,

- "La transposición de la Directiva 2000/35/CE por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales en el Derecho privado español", *La armonización del Derecho de obligaciones en Europa*, Badosa Coll y Arroyo i Amayuelas (coord), Tirant lo blanch, Valencia, 2006, pp. 333-379

- "Consideraciones en torno a la cláusula de reserva de dominio en la Ley 3/2004, de 29 de diciembre, por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales", *Garantías reales mobiliarias en Europa*, Marcial Pons, Madrid, Barcelona, 2006, pp. 441 a 459

Bibliografia